



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

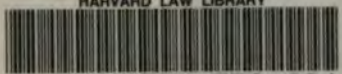
Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 097 770 291

136 Mar 1924



HARVARD LAW LIBRARY

Received Sep. 8, 1921

Germany

Sponsio, fidepromissio, fideiussio.

Einige Grundfragen
zum
römischen Bürgschaftsrechte.

Von

Dr. **Ernst Levy.**



Berlin, 1907.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8, Mohrenstraße 13/14.

For TX
L

SEP 8 1921

Meinem hochverehrten Lehrer,

Herrn Dr. Emil Seckel,

ordentlichem Professor der Rechte an der Universität Berlin,

dem stets wohlwollenden und unermüdlichen Förderer
auch dieser Arbeit,

in herzlicher Dankbarkeit.

Inhalt.

Einleitung.		Seite
§ 1. Terminologisches. Sponsores, fidepromissores, fideiussores auch Hauptschuldner? .	1	
Der Sponsor S. 1. — Der Fidepromissor S. 9. — Prinzipieller Unterschied der Fidejussio von den anderen Bürgschaftsformen S. 11. — „Adpromissor“ S. 13. — „Id“ oder „idem“ in der Fidejussorenformel? S. 19. — Der Fidejussor nie Hauptschuldner S. 23.		
Erstes Kapitel.		
Die Sponsio.		
§ 2. Sponsor der Hauptschuldner und Sponsor der Bürge	29	
Die Bedeutung des „idem“ in der Sponsionsformel S. 30. — Abgrenzung von Korrealität und Novation S. 32. — Das Erfordernis der unitas actus für die Verpflichtung sowohl des korrealen wie des akzessorischen Sponsors S. 36. — Daher kein Unterschied zwischen der Verpflichtung beider: jeder Sponsor ist rechtlich Hauptschuldner S. 39. — Bürgschaftseffekte allmählich unter dem Einflusse ethischer Momente S. 40.		
§ 3. Die Unvererblichkeit der Sponsio	45	
Zwei Gruppen von Theorien S. 46. — Einerseits: Appleton (S. 46), Pernice (S. 49), Girtanner [Bürgschaft] (S. 50), Bekker (S. 50), Huschke (S. 50), Stintzing (S. 51), Girtanner [Stipulation] (S. 51), Karlowa (S. 52). — Andererseits: Kohler, Esmein, Cuq, Girard (S. 52). — Geringe Neigung des älteren Rechtes zur passiven Klagenvererblichkeit S. 53. — Die Ratio dafür in ihrer Anwendung auf das Bürgschaftsrecht S. 56.		
§ 4. Die leges Appuleia, Furia, Publilia, Cicereia	58	
Altersbestimmung der Gesetze S. 58. — Ihre Bedeutung S. 68. — a. Die lex Appuleia S. 68. — b. Die lex Furia S. 70. — c. Die lex Publilia S. 74. — d. Die lex Cicereia S. 77.		

	Seite
§ 5. Spätere Entwicklung der Sponsio	87
<p>Nachträgliche Verpflichtung des akzessorischen Sponsors möglich S. 88. — D. 45, 2, 6. 3 S. 89. — D. 42, 6, 1, 10 u. 11 S. 91. — D. 4, 2, 14, 8 S. 94. — Ulp. Disp. fragm. IIa (1904) S. 95. — D. 46, 1, 48, 1 S. 96. — Fortdauernde Bedeutung der unitas actus S. 108. — Verschwinden der Sponsio S. 113.</p>	
Zweites Kapitel.	
Die Fidejussio.	
§ 6. Das Alter der Fidejussio	117
<p>Plautus S. 117. — Die lex Cornelia S. 118. — Nichtjuristische Schriftsteller S. 120. — Labeo der Schöpfer der Fidejussio? S. 121.</p>	
§ 7. Innere Gründe für Aufkommen und Gestaltung der Fidejussio	124
<p>Für das Aufkommen: a. Die Sponsio nur bei Verbalobligationen anwendbar S. 125. — b. Die Notwendigkeit der unitas actus S. 128. — c. Warum gerade eine „fideiussio“? S. 129. — Für die Gestaltung: a. Die mißliche Lage des Sponsionsgläubigers S. 133. — b. Die Entwicklung des römischen Vertragsrechtes S. 136.</p>	
§ 8. Zum beneficium divisionis	137
<p>Gründe für die epistula Hadriani S. 137. — Unitas actus fideiubendi ist Erfordernis für die Erteilung des beneficium S. 139. — Keine Gegenargumente S. 140 (besonders: D. 46, 1, 27, 4 S. 142). — Argumente dafür S. 145 (besonders: C. 4, 18, 3 und D. 27, 7, 7 S. 146). — Innere Gründe S. 155. — „Confideiussor“ S. 157 (besonders: D. 46, 1, 43 S. 160).</p>	
§ 9. Ein beneficium cedendarum actionum des Fidejussors gegenüber den übrigen Fidejussoren?	164
<p>Grundsätze S. 165. — Die actio utilis des Cessionars als Voraussetzung für ein beneficium cedendarum actionum S. 165. — Ein solches beneficium mit dem beneficium divisionis nicht verträglich S. 168. — Der Cessionszwang Ermessenssache des Prätors S. 170. — Beweise: Gai. III 122 S. 168. — D. 46, 6, 12 S. 173. — C. 8, 40, 11 pr. S. 175. — D. 2, 14, 23 S. 178. — D. 46, 1, 39 S. 179. — Nicht dagegen: D. 46, 1, 17 S. 185. — C. 8, 40, 11, 1 S. 196. — D. 46, 3, 76 S. 197. — D. 46, 1, 36 S. 199. — Anhang: D. 46, 1, 41, 1 S. 208.</p>	
Nachträge	220
Quellenregister	221
Nachbemerkung	226

Einleitung.

§ 1.

Terminologisches. Sponsores, fidepromissores, fideiussores auch Hauptschuldner?

Wiederholt ¹⁾ schon hat man darauf hingewiesen, daß die Formen, in denen die Begründung der älteren römischen Bürgschaft, der sponsio und der fidepromissio, sich vollzog, weder dem Wortlaut der Geschäftsformel nach noch infolge einer sonstigen spezifischen Übung etwas Besonderes hatten, was sie von dem Modus, der bei der Begründung einer prinzipalen Verbalobligation in Anwendung kam, unterschieden hätte. Zwar finden wir in unserer Überlieferung weder den „sponsor“ noch den „fidepromissor“ irgendwo in der Bedeutung eines Hauptschuldners, und es kann ja auch gar keinem Zweifel unterliegen, daß diese Wörter wenigstens in klassischer Zeit regelmäÙig den akzessorischen Schuldner bezeichneten, wie das nicht nur aus Gaius' ²⁾ ständigem Sprachgebrauch, sondern noch mehr aus dem Formelpassus „quo nomine N^{us} N^{us} sponsor est“ ³⁾ hervorgeht. Ganz verschwunden war aber ihr Gebrauch für den prinzipalen Schuldner sicherlich nicht, und wenn es nach den Quellen doch diesen Anschein gewinnt, so ist es das Werk der auf diesem Gebiete ja so eifrig tätig gewesenen Kompilatoren.

1) Liebe, Stipulation S. 219f.; Goeppert, Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 4 S. 266f.; Degenkolb, Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 9 S. 142; Pernice, Sitzungsberichte der Berliner Akademie (1886) S. 1190f.; Zeitschrift d. Sav.-St. Bd. 19 S. 179. 182; Cuq, Les institutions juridiques des Romains I ¹ (1891) p. 682; anders jetzt (1904) 2. Aufl. p. 252.

2) Z. B. III, 115. 116. 117 u. folg. §§.

3) Gai. IV, 137.

Levy, Sponsio.

An einer Stelle haben sie sich denn auch tatsächlich ver-raten: denn daß die „fideiussores“ in Jul. D. 46, 3, 34, 1 justinianischer Herkunft sind, haben bereits Lenel ¹⁾ und Pernice ²⁾ bemerkt ³⁾. Es ergibt sich das sowohl aus dem „sponderint“ wie aus dem casus „contrarius“, der die „duo rei stipulandi“ behandelt, wie endlich daraus, daß Julian einen ähnlichen Fall für die fideiussores im § 10 eod. noch ausdrücklich bespricht, sich also anderenfalls einer zwecklosen Wiederholung schuldig gemacht hätte. Ist aber das „fideiussores“ nicht echt, so ist es auch nicht nur „eingeschoben“, wie Pernice meint, sondern an die Stelle von „sponsores“ gesetzt. Denn das alleinstehende „duo“ hätte zu den vorangehenden „duo rei stipulandi“ einen dürftigen Gegensatz gebildet; ein „duo rei promittendi“ aber hätten die Kompilatoren, weil auch ihrem Sprachgebrauch noch durchaus entsprechend, nimmer durch das hergeholte „fideiussores“ ersetzt. Ein Zweifel kann vielmehr nur in der Hinsicht bestehen, daß es hier wie in so vielen anderen Fragmenten dahingestellt bleiben muß, ob die „sponsores“ oder die „fidepromissores“ der Vernichtung anheimfielen: eine Frage, die, da es sich meist (so auch hier) um Kommentare zum zivilen Rechte handelt, wohl mit Fug in der Regel zugunsten der Sponsoren beantwortet wird, hier aber ganz außer Betracht bleiben kann.

Zudem wird unsere Ansicht noch durch Varro ⁴⁾ befestigt, der, wenn wir Bruns-Mommsen folgen, den „sponsor“ ganz allgemein zwar nicht nach den Regeln strenger Logik, aber für uns immer bezeichnend genug als den definiert, „qui spondet“. Denn wenn wir jetzt zur Betrachtung der entsprechenden Verben schreiten, so finden wir, was wir bei den Substantiven vergebens gesucht, in Fülle. Von „spondere“ kann man schlechtweg behaupten, daß ihm sein doppelter Charakter als Bezeichnungs-

1) Pal. I S. 459.

2) Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 19 S. 182 Anm. 4, dem sich Girard, Manuel élémentaire de droit romain ⁴ (1906) p. 749 n. 4 anschließt.

3) Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts (1894) S. 14 Anm. 4, S. 74 Anm. 1 freilich scheint die Stelle wirklich von „fideiussores“ zu verstehen.

4) de lingua Lat. 6, 69 bei Bruns, Fontes ⁶ II S. 58.

mittel sowohl für die prinzipiale wie für die akzessorische Verpflichtung überhaupt nie verloren gegangen oder auch nur geschmälert worden ist. Republikaner und Klassiker, aber auch die Kompilatoren brauchen es in beiden Bedeutungen ohne Bedenken ¹⁾: nicht nur, daß „spondere“ in den Digesten allein 186 mal begegnet ²⁾: es behauptet sich selbst an solchen Stellen, in denen Sponsor und Sponsio vor Fidejussor und Fidejussio durchweg den Platz räumen mußten, wozu für die prinzipiale Verbindlichkeit die eben erwähnte Jul. D. 46, 3, 34, 1, für die Bürgschaftsschuld Javol. D. 17, 1, 52 ³⁾, Jul. D. 46, 1, 16 pr. ⁴⁾, Jul. D. 46, 7, 14 pr. ⁵⁾, Papin. D. 46, 1, 49, 2 ⁶⁾, Ulp. D. 17, 1, 6, 7 ⁷⁾, Ulp. D. 27, 3, 7, 1 ⁸⁾, Paul. D. 2, 14, 24 ⁹⁾ und wohl auch Paul. D. 46, 1, 68 pr. ¹⁰⁾ bündige Beispiele liefern ¹¹⁾. Kon-

1) So mit Recht Pernice, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 19 S. 182 Anm. 4, nach dem der Sekretär der Kompilatoren nur angewiesen war, „den sponsor überall durch den fideiussor zu ersetzen“. A. M. Lenel, Pal. II praef. p. 3, der prinzipiell auch „spondere“ von den Kompilatoren verfolgt sieht.

2) Vgl. den Berliner Index zu den Digesten (s. v. d. Leyen in Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 4 S. 125 ff.).

3) Lenel, Pal. I S. 285 f. mit dreimaliger Interpolation des „fideiussor“.

4) Lenel, Pal. I S. 457 mit dreimaliger Interpolation des „fideiussor“; zu dieser Stelle vgl. u. S. 20.

5) Lenel, Pal. I S. 461.

6) Daß auch diese Stelle die Sponsoren betraf, läßt sich aus dem „sponpōndisset“ hier ebenso schließen wie sonst. Wenn Lenels Palingen. I S. 869 f. die Fidejussoren beibehält, so beruht das wohl nur auf einem Versehen. Papinian wird eben im 27. Buche der Quaestiones nicht nur von den Fidejussoren, sondern auch von den Sponsoren gehandelt haben, wie er ja auch die „duo rei promittendi“ ebenda bespricht (vgl. Lenel a. a. O.).

7) In ihrem letzten Satze (Lenel, Pal. II S. 619 f.); gerade das Gegenteil ergeben die ersten beiden Sätze: s. u. S. 4 Anm. 4.

8) Lenel, Pal. II S. 662; Heumann-Seckel, Handwörterbuch z. d. Quellen des röm. Rechts * (1906) s. v. „fideiubere“: ein Beispiel für den Regelfall der sponsio rem pupilli salvam fore: vgl. u. § 8.

9) Lenel, Pal. I S. 1151 beanstandet hier nichts, doch scheint das „sponpōndit“ beweisend.

10) Lenel, Pal. I S. 964, wo die „fideiussores“ allerdings an die Stelle der „praedes“ getreten sind. Liebenam bei Pauly-Wissowa, Realenzykl. s. v. „duoviri“ V, 2 (1905) Sp. 1812 läßt die „fideiussores“ stehen.

11) Nicht dagegen gehört wohl hierher Paul. D. 45, 1, 91, 4, wo die

sequenz kann man freilich in dieser Beziehung von den Kompilatoren nicht erwarten, und so bieten, was die akzessorische Sponsio anlangt, Stellen wie Muc.-Cels. D. 17, 1, 48 pr. ¹⁾, Papin D. 46, 1, 48 pr., § 1 ²⁾, Tryph. D. eod. 69 ³⁾, Ulp. D. 17, 1, 6, 7 ⁴⁾,

Worte „id est fideiussoribus“ von den Kompilatoren überhaupt erst eingefügt worden sind: vgl. u. S. 17 Anm. 6.

1) Lenel, Pal. I S. 138 f., der allerdings, ohne daß ein besonderer Anlaß ersichtlich wäre, statt „fideiussisset“ („fideiussor“): „fidepromississet“ („fidepromissor“) und nicht „spondidisset“ („sponsor“) einsetzt. Auch der von Lenel gegebenen Begründung für die Interpolationenannahme, der Inkorrektheit des Akkusativs bei „fideiubere“, vermögen wir aus den unten S. 5 Anm. 7 zu b) aufgeführten Erwägungen nicht zu folgen. Uns scheint die Stelle deshalb ursprünglich von der Sponsio gehandelt zu haben, weil sie anderenfalls im Gegensatz zu den übrigen Quellen (s. u. § 6) die Existenz der fideiussio schon zur Zeit des Mucius voraussetzen würde und weil gerade im vorliegenden Falle die Vermutung keineswegs für die Echtheit des überlieferten Textes streitet (vgl. u. § 6).

2) Lenel, Pal. I S. 834. — Näheres über diese Fragmente s. u. § 5.

3) Lenel, Pal. II S. 362. — Daß hier von der Sponsio und nicht von der Fideiussio die Rede war, ist nicht nur wegen der Unvererblichkeit der in Frage stehenden Bürgschaft (Gai. III, 120), sondern auch wegen der Haftungsbefristung (Gai. III, 121) sicher. Wie Lenel an anderen Stellen (Cass.-Venul. D. 45, 3, 25 [Pal. II S. 1222], Ulp. D. 17, 1, 29, 6 [Pal. II S. 413]) für das farblose „tempus“ ein ursprüngliches „biennium“ vermutet hat, so wird auch hier „biennio“ zu setzen sein, wo es das erste Mal vorkommt. Der spätere Satz „etiamsi tempore liberatus est“ dürfte vielleicht besser im ganzen Tribonian zugeschrieben werden, da er nicht nur überflüssig ist, sondern durch seine Existenz den Fall des Todes des Tutor-Sponsor aus dem Gesichtskreis verdrängt. Auch im weiteren Verlauf dürfte manches nicht von Tryphonin stammen, ja, der ganze letzte Satz ist als sachlich vollkommen überflüssig, stilistisch höchst mangelhaft und unlogisch, schließlic auch wegen des plötzlich auftauchenden Titius dringend verdächtig. Unter diesen Umständen ist es nicht unmöglich, daß die Interpolation schon früher beginnt und ihr auch der das „fideiusserat“ enthaltende Relativsatz im ganzen zu verdanken ist. Doch muß das einstweilen dahingestellt bleiben.

4) Lenel, Pal. II S. 619 f., Heumann-Seckel a. a. O. s. v. „fideiubere“ („eine der schwersten Stellen“: Mühlenbruch, Zession der Forderungsrechte S. 364), wo die Veränderung der sponsio pro praede litis et vindiciarum in den ersten beiden Sätzen auch auf „spondere“ eingewirkt hat, während dieses im letzten Satze unberührt geblieben ist (s. oben

Ulp. D. 46, 7, 5, 5¹⁾, Paul. D. 2, 8, 8²⁾ 1 u. 2³⁾ gerade das entgegengesetzte Bild, indem hier das Verbum von der Veränderung des Substantivs mitgeriffen wird⁴⁾, ja, Paul. D. 2, 11, 7⁴⁾ und vor allem Gai. D. 17, 1, 2, 1—3⁵⁾ zeigen statt des „spondere“ ein „fideiubere“, ohne daß ein entsprechendes Substantiv überhaupt vorkommt⁶⁾ 7). Kann durch derart vereinzelte

S. 3 Anm. 7): ein schlagender Beweis dafür, wie wenig den Kompilatoren diese Interpolation am Herzen lag.

1) Lenel, Pal. II S. 871; das Substantiv ist im vorangehenden § 4 interpoliert.

2) Lenel, Pal. I S. 992f. — Unmittelbar kommt zwar in beiden Paragraphen ein Substantiv nicht vor, doch schon im § 8 begegnet es zweimal, und dann steht die Stelle sowohl bei Paulus wie in den Digesten im Titel „de satisfando“: siehe auch Lenel I S. 992 Anm. 5.

3) Eine entsprechende Erscheinung in Paul. D. 4, 4, 48 pr. (= sent. I, 9, 5: vgl. Gradenwitz, Interpolationen S. 228), wo die unter allen Umständen notwendige Streichung des „vel fidepromisit“ die des „vel spopondit“ nach sich zog.

4) Lenel, Pal. I S. 1085.

5) Lenel, Pal. I S. 259. — Lediglich das Dasein der Parallelstelle in J. 3, 26, 1, 3, 4 ermöglicht den Nachweis der Interpolierung des dreimaligen „fideiubeas“ aus dem „sponderes“. Woran die Institutionenverfasser nichts auszusetzen fanden, das erschien den Digestenautoren anstößig. Andererseits verwandelten jene wieder die erste Person, in welcher Gaius sicherlich spricht, in die dritte und den gäianischen Coniunctivus Praesentis (vgl. Grupe, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 16 S. 306, Bd. 18 S. 219) in den Coniunctivus Imperfecti. Ja, in der wohl gleichfalls noch aus den libri aurei stammenden J. 3, 26, 8 lassen sie „sponderes“ richtig stehen, um es einige Worte später mit „fideiubere“ wieder aufzunehmen. Es herrscht also völliger Wirrwarr.

6) Keine Rolle spielt dabei, wie die Stellen zeigen, der Unterschied zwischen privat- und prozessrechtlicher Sponsion.

7) Nicht hierher gehören hingegen fünf weitere Fragmente, in denen Lenel gleichfalls eine Interpolierung des „spondere“ in „fideiubere“ erkennen will. a) Ulp. D. 17, 1, 21. Hier scheint uns das „fideiusserim“ gerade so technisch wie möglich. Denn setzt man statt dessen „spoponderim“ ein (so Lenel, Pal. II S. 1186 Anm. 1), so wird der Satz „quemadmodum ... spopondit“ schlechthin unverständlich, da sich doch eine Sache mit sich selbst, die Sponsio mit der Sponsio nicht vergleichen läßt. Vielmehr soll hier ein für die Sponsio feststehender Satz für die Fideiussio nutzbar gemacht werden: ein Sinn, der freilich den Kompilatoren verborgen blieb, nichtsdestoweniger aber der einzig plausible zu sein scheint

prinziplose Interpolationen die Gebräuchlichkeit des akzessorischen „spondere“ nicht in Frage gestellt werden ¹⁾, so ist das prin-

und der auch durch das folgende das „fideiusserim“ und das „spondit“ zusammenfassende „fecerim“ noch gestützt wird. — b) Ulp. D. 46, 3, 1 und Ulp. D. eod. 24. Obwohl beide Stellen an sich genau so gut auf die Fidejussio wie auf die Sponsio passen und die letztgenannte sogar mitten in der Erörterung über die Fidejussio steht, glaubt Lenel, Pal. II S. 1176 Anm. 2, S. 1185 Anm. 4 sie deshalb beanstanden zu müssen, weil „vix dicitur fideiubere aliquid“. Dem dürfte nicht beizutreten sein. Allerdings mag einer ganz strengen Sprachkritik „fideiubere“ mit dem Akkusativ anfechtbar erscheinen, und es ist ja auch „fide sua esse aliquid iubere“ sicherlich das Ursprüngliche gewesen. Doch mußte, als sich die abkürzende Form „fideiubere“ überhaupt durchgesetzt hatte, sie auch denselben Konstruktionen zugänglich sein wie die ausführliche Formel, aus der sie entstand. Ebenso wie der Ablativ „fide“ neben dem bloßen „iubere“ an sich unsinnig ist und zu seinem Verständnis auf die alte Formel, die ihn nicht von „iubere“, sondern von „esse“ abhängig zeigt, zurückgegangen werden muß, so sind aus dieser Formel auch alle anderen Verbindungen von „fideiubere“ zu erklären. Daß die Klassiker aber die Sprache auf dieser Entwicklungsstufe bereits vorfanden, erweist unwiderleglich die von Gaius berichtete (III, 112; vgl. u. S. 19) Formel „idem fideiubes?“. Was dem „idem“ recht ist, ist dem „illud, quod“ der l. 1 cit. und dem „dena“ der l. 24 cit. gewiß billig. — c) Ulp. D. 27, 8, 1 pr. und Paul. D. 23, 2, 60, 1. In der ersteren Stelle ändert Lenel, Pal. II S. 673 Anm. 3 ohne, in der letzteren I S. 1146 Anm. 1 mit Beifügung eines Fragezeichens. Wir halten diese Interpolationen wohl für möglich, aber nicht für mehr als das. Denn daß die cautio rem pupilli salvam fore, auf die hier offenbar angespielt wird, zur Zeit von Ulpian und Paulus auch bereits auf dem Wege der fideiussio geleistet werden konnte, erweisen Stellen wie Papin. D. 27, 7, 7 und Papin. D. 46, 6, 12 zur Genüge: vgl. Näheres u. § 8.

1) Ganz außer Betracht müssen bleiben Gai. D. 2, 8, 5 pr., wo es statt „fideiusserit“: „vindex exstiterit“ hieß (Lenel, Pal. I S. 191; vgl. Wenger, Rechtshistorische Papyrusurkunden S. 20 ff.; Brafslöf, Zur Kenntnis des Volksrechtes in den romanisierten Ostprovinzen [1902] S. 85 Anm. 2), sowie Ulp. D. 50, 8, 3, 1 und Paul. D. 46, 1, 68, 1, in denen Lenel a. a. O. II S. 1007 und I S. 964 „praedes exstiterint“ bzw. „p. facti erant“ vermutet. Ist hiernach ein spondere in allen drei Stellen jedenfalls ausgeschlossen, da weder der vindex (vergleiche statt aller Wenger a. a. O. S. 7 ff., wo S. 6 Anm. 2 Literatur) noch der praes (vgl. Festus s. v. praes [Bruns⁶, Fontes II S. 27] und s. v. manceps [Bruns II S. 13] und die herrschende Meinung: zuletzt Mommsen, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 23 S. 440) durch sponsio sich verpflichteten, so fragt es sich

zipale „spondere“ überhaupt nirgends angetastet worden ¹⁾). Nur in einer einzigen Stelle ²⁾), in Ulp. D. 46, 2, 6 pr. soll, wie man

doch bezüglich der beiden letzteren Fragmente, ob sie von Lenel mit Recht auf den praes gedeutet sind. Man wird vielmehr nun, da die den gleichen Tatbestand treffende, spätestens ins 2. nachchristliche Jahrhundert zu setzende (s. u. § 6) Katasterurkunde den „fideiussor“ statt des „praes“ aufweist, mit Schulten, Hermes Bd. 41 S. 13 ff. annehmen dürfen, daß auch Ulpian und Paulus schon von den Fidejussoren gesprochen haben. (Im übrigen wird hingegen der Versuch Schultens, die beiden Stellen als Belege für die Pacht „in centum annos“ zu verwerten, abzulehnen sein, da, während Hygin [Agrimens. 116: Bruns a. a. O. II S. 90] nach der Lesung Mommsens [Römisches Staatsrecht * II S. 459 Anm. 1] „in annos centenos pluresve“ und Corp. inscr. lat. IX p. 15 n. 136 „in annis centum“ hat, Paul. D. 46, 1, 68, 1 lediglich von „in sola centum annua“ spricht, womit, wie schon der Gegensatz „omnis conductio“ (Ulp. D. 50, 8, 3, 1: „universa conductio“) zeigt, „jährliche Hundert“ und nicht „hundert Jahreserträge“ gemeint sind. Was sollte auch die Dauer der Verbürgung mit der Haftung für Zinsen zu tun haben?)

1) In diesem Sinne begegnet sogar „sponsio“. Nach dem Berliner Digestenindex (s. o. S. 3 Anm. 2) findet es sich fünfmal, wovon allerdings dreimal (Marcian. D. 11, 5, 3, Ulp. D. 19, 5, 17, 5 [bis]) in der Bedeutung „Wette“ und einmal in übertragenem Sinne als „Sicherstellung“: Papin. D. 1, 3, 1. In Paul. D. 50, 16, 7 (vgl. dazu Lenel, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 2 S. 39) ist es aber technisch als Verbalobligation zu verstehen. An dieser Stelle findet sich gleichbedeutend auch das Substantiv „sponsus“, das in diesem Sinne z. B. in Ulp. D. 21, 1, 19, 2, vielleicht auch in Gai. III, 179, im Sinne einer akzessorischen Verpflichtung in Gai. IV, 22 und in einem der neuen Straßburger Ulpianfragmente (s. u. § 5) wiederkehrt.

2) In einer anderen, im Anfang von Ulp. D. 19, 1, 11, 18 glaubt neuerdings Rabel, Haftung des Verkäufers (1902) S. 84, 69 Anm. 2, 75 Anm. 3 das bis dahin unbeanstandet gebliebene „vendidit“ auf die Kompilatoren zurückführen und durch ein „spondidit“ ersetzen zu sollen. Doch zwingt die freilich eigentümliche Wendung „habere licere vendidit“ keineswegs dazu, da sich in der nachklassischen Latinität auch sonst finale Infinitive finden (vgl. Draeger, Hist. Syntax der latein. Sprache 2. Aufl. [1881] II S. 367 ff., Stolz-Schmalz, Latein. Grammatik 3. Aufl. [1900] S. 282 f.). Strikt dawider sprechen aber die auf ein formloses Versprechen hindeutenden Ausdrücke „pronuntiet“ und „in venditione comprehendatur“, insbesondere aber die Unterscheidung der Fälle „sive stipulatio interposita est“ und „sive non est interposita“, aus welcher notwendig folgt, daß das Verbum des ersten Satzes so farblos gewesen sein muß, wie es das „vendidit“ tatsächlich ist. Dafür, daß das auch von Rabel a. a. O. S. 94 Anm. 2, S. 142 f. im weiteren Verlaufe der Stelle

heute übereinstimmend annimmt¹⁾, auch dieses „spondere“ zu einer Interpolation Veranlassung gegeben haben²⁾. Allein das ist schwer glaublich³⁾. Darf das „fideiubes“ auf tribonianischen Ursprung zurückgeführt werden — und auch wir glauben, das gerade wegen seiner Einzigartigkeit⁴⁾ vermuten zu müssen⁵⁾ —,

erkannte pactum de non praestanda evictione im Anfang derselben noch nicht mit berücksichtigt worden sei, bringt R. S. 69 Anm. 2 kein stichhaltiges Argument bei. — Vgl. übrigens Erman, Ztschr. d. Sav.-St. Bd. 25 S. 461.

1) Gradenwitz, Interpolationen S. 218; Lenel, Pal. II S. 1181; Pernice a. a. O. S. 182 Anm. 4; Heumann-Seckel a. a. O. s. v. „fideiubere“. Salkowski, Novation S. 247 Anm. 36 erscheint das „fideiubes“ gleichfalls äußerst auffallend, doch behält er es bei, weil er nur so das an Stelle des zu erwartenden „si“ stehende „quia“ verstehen zu können glaubt. Dieses „quia“ hätte auch die herrschende Meinung (vgl. Anm. 3) zu Bedenken führen sollen; vgl. auch Salpius, Novation S. 170.

2) Daß hier von einer prinzipalen Verpflichtung die Rede ist, ergibt sich daraus, daß das römische Recht eine Schadlosbürgschaft nicht kennt: s. u. § 8.

3) Auch in anderer Beziehung ist übrigens der bezüglich dieser Stelle herrschenden Meinung entgegenzutreten. Sowohl Lenel a. a. O. wie Pernice a. a. O. wie Merkel, Der römisch-rechtl. Begriff der novatio (Straßb. Diss. 1892) S. 19, 46 wie ganz besonders Gradenwitz a. a. O. halten die Begründungsworte „quia non hoc agitur, ut novetur“ für echt. Indessen ist nicht einzusehen, was zugunsten dieser Stelle mehr spräche als zugunsten aller anderen, die gemäß C. 8, 41, 8 pr. und § 1 diese oder eine ähnliche Wendung enthalten und als interpoliert anerkannt worden sind (vgl. darüber u. S. 32 ff.). Auch hier wird damit nur auf den animus novandi verwiesen. Zudem läßt sich auch positiv vermuten, wie Ulpian den Nichteintritt der Novation begründet haben mag: novatio intervenit novae personae konnte zweifellos nur dann eintreten, wenn, wäre die novierende Stipulation uno actu mit der zu novierenden erfolgt, Korrealität Platz gegriffen, also eadem res vorgelegen hätte (s. u. S. 34 ff.). Das trifft hier aber nicht zu. Denn die Frage „quanto minus a Titio debitore exegissem, tantum spondes (fidepromittis)?“ führt vielmehr zu einer Indemnitätsstipulation, auf Grund deren die neue Obligation ganz unabhängig, ja unter der exakten Denkform einer aufschiebend bedingten Obligation neben die alte tritt. Das sprechen viele Stellen deutlich aus: vor allem Paul. zu Papin. D. 45, 1, 116 und Paul. D. 46, 8, 21; vgl. ferner Cels. D. 12, 1, 42 pr. und Gai. D. 50, 16, 150: darüber s. u. § 8.

4) Nicht hingegen wegen des Akkusatives „tantum“: vgl. oben S. 5 Anm. 7 zu b).

5) Vgl. auch u. S. 23. Geib a. a. O. S. 20 Anm. 1 freilich beanstandet das „fideiubes“ nicht (s. u. S. 26), und Degenkolb a. a. O. S. 142 Anm. 55 bezeichnet die Interpolationsannahme als willkürlich.

so muß es vielmehr an die Stelle irgend eines anderen Wortes getreten sein: eines Wortes, das nicht wie „spondes“ den Kompilatoren selbst geläufig war, das aber andererseits, wie es die Stelle verlangt, zur Begründung einer prinzipalen Obligation angewandt werden konnte. Das führt zur Vermutung eines „fidepromittis“, in dem sich beide Voraussetzungen verwirklichen.

Denn ebenso wie „spondere“ wird „fidepromittere“ in der klassischen Zeit keineswegs auf die Verbürgung beschränkt: es bezeichnet ebenso gut auch die Verpflichtung des Hauptschuldners¹⁾. Das erhellt aus vorjustinianischen Quellen zur Gewißheit. Unter Römern allerdings war das prinzipale „fidepromittere“ wahrscheinlich ebenso selten wie beim Verbürgungsakte, um so regelmäßiger aber unter Peregrinen. Hier scheint es — an Stelle des eigentlich zu erwartenden bloßen „promittere“²⁾ — geradezu die Rolle des zivilen „spondere“ gespielt zu haben³⁾: einen anderen Schluß läßt die erstaunliche Tatsache kaum zu, daß sämtliche lateinisch geschriebenen Siebenbürgener Urkunden, soweit sie sich lesen lassen und eine Stipulation zum Gegenstande haben, sechs an der Zahl⁴⁾, das „fidepromittere“ als die prinzipale Verbindlichkeit begründend enthalten. Eine siebente freilich hat nach Mommsens Konjektur ein „spondit“⁵⁾, woraus sich jedoch, da sie a. 167 aufgenommen ist, gemäß Gai. III, 93 nur schließen läßt, daß die Kontrahenten römische Bürger waren⁶⁾.

1) Zutreffend Girtanner, *Stipulation* S. 141 Anm. 125; Karlowa *Römische Rechtsgeschichte* II S. 702f.

2) Girtanner a. a. O. S. 140f. und Degenkolb a. a. O. S. 142 erklären „fidepromittere“ lediglich als eine vollere Form, wie sie sich auch bei der Sponson in dem selteneren „fide mea spondeo“ findet: Plin. ep. 1, 14, 10: s. darüber Huschke, *Gaius* S. 73. Vgl. aber u. S. 11 Anm. 1.

3) Darauf, daß es bei Plautus *Menaechm.* 5, 4, 6 (ed. Götz-Schöll v. 894) in diesem Sinne vorkommt, hat Goeppert a. a. O. hingewiesen; vgl. auch Costa, *Diritto romano nelle comedie di Plauto* p. 361, Karlowa a. a. O. II S. 704; Huschke a. a. O. S. 75 scheint das „fidepromittere“ hier als akzessorisch zu verstehen.

4) Corp. inscr. latin. III S. 930ff. n. III, V, VI, VII, VIII, XXV (Bruns, *Fontes* I S. 288—291; 311—312).

5) Corp. inscr. latin. III S. 950f. n. XIII (Bruns, *Fontes* I S. 334).

6) Vgl. aber Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* S. 123 Anm. 1; bezüglich der Bürgerqualität der Kontrahenten in den übrigen Urkunden

Tribonian dagegen kannte das „fidepromittere“ nur noch als eine veraltete Verbürgungsform ¹⁾, und so fiel es der Kompilation zum Opfer ohne Rücksicht darauf, ob es nicht auch einmal im Sinne einer prinzipalen Verpflichtung gebraucht worden war.

Das wäre an sich schon verständlich: aber es ist uns auch ein bündiger Beweis hinterlassen. Denn wenn man die Stipulation von Scaev. D. 45, 1, 122, 1 „*eaque sic recte dari fieri fide roganti Stichus servo Lucii Titii promisit Callimachus*“ mit den entsprechenden Kautionsformeln der Siebenbürgener Urkunden vergleicht, so kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß auch hier dem „fide rogare“ ²⁾ ein „fide promittere“ gefolgt ist, daß also das Fehlen des „fide“ vor dem „promisit“ auf die Rechnung der Kompilatoren kommt ³⁾. Hier haben sie sich durch ihre halbe Arbeit selbst verraten: das fiderogare glaubten sie stehen lassen zu dürfen, da es ja auch im Fidejussorenrechte den terminus technicus bildet ⁴⁾: allein was heißt denn der abkürzende Ausdruck „fiderogare“ anderes, als daß bei der Frage des Stipulanten auf die „fides“ des Promittenten Bezug genommen wurde, daß also hier die rogatio des Stichus lautete: „*ea sic recte dari fieri fide promittisne?*“ Mit dieser Frage aber deckte sich die Antwort des Callimachus nur, wenn er erwiderte: „fide promitto“. Daß ein bloßes „promitto“ genügt

siehe übrigens Arndts, Gesammelte zivilistische Schriften III S. 81 Anm. ** a. E.

1) J. 3, 15, 1 spricht nicht dagegen; siehe über die gleichlautende gaianische Vorlage in III, 92 unten S. 24 f.

2) Daß das „fidepromittere“, ob es nun prinzipal oder akzessorisch gebraucht wurde, stets auf ein „fiderogare“ folgte und dieses demnach auch in zwei Funktionen auftrat, ist selbstverständlich: vgl. die erwähnten sechs Urkunden und Mommsen, Corp. inscr. lat. III S. 937 Anm. 15. Die Konjektur Huschkes, der in seiner Ausgabe der Synthropusurkunde S. 36 Anm. 38 „fide“ eliminiert und statt dessen „praestari“ setzen will, ist daher mit Recht abgelehnt worden: vgl. z. B. Arndts, Ges. ziv. Schr. III S. 81 Anm.

3) Lenel, Pal. II S. 266 hat das wohl übersehen. — Geib a. a. O. S. 45 Anm. 3 führt die Stelle gleichfalls für die fidepromissio an.

4) Anders Arndts a. a. O. III S. 82.

hätte, werden wir aus der Stelle schwerlich entnehmen dürfen ¹⁾).

Nicht so einfach liegt die Frage, ob auch die fideiussores als Hauptschuldner auftreten konnten. Unsere oben genannten Gewährsmänner teilen sich hier in zwei Gruppen. Wie Goeppert ist Pernice in seiner 1886 veröffentlichten Abhandlung zum römischen Sakralrecht noch der Ansicht, daß, was den Sponsoren und Fidepromissoren in diesem Punkte recht, den Fidejussoren billig sei ²⁾), 1898 dagegen verfißt er mit Lebhaftigkeit den entgegengesetzten Standpunkt ³⁾), den schon Liebe ⁴⁾ angedeutet hatte ⁵⁾).

Auch wir glauben uns auf diesen Boden stellen zu müssen. An sich schon ist es stets gefährlich, irgend eine Vermutung im Fidejussorenrechte lediglich oder hauptsächlich darauf zu stützen, daß eine entsprechende Erscheinung im Sponsoren- und Fidepromissorenrechte erwiesen ist. Es zeigt sich vielmehr bei jeglicher Untersuchung, daß in dieser Beziehung das Wort „Sponsoris et fidepromissoris similis condicio est, fideiussoris valde dissimilis“, das Gaius ⁶⁾ seinen speziellen Erörterungen der Bürgschaftsregeln voranstellt, sich als ein Leitsatz bewährt, der nie aus dem Auge zu verlieren ist. Denn Sponsion und Fidepromission, die in ihren Wirkungen von einander kaum abweichen ⁷⁾ und deren Unterscheidung nur durch die Unfähig-

1) Vgl. die strenge Unterscheidung von promittere und fidepromittere bei Gai. III, 92, 116; J. 3, 15, 1.

2) Sitzungsberichte S. 1190 f. — So anscheinend auch Voigt, Jus naturale IV S. 446 und neuerdings noch Geib a. a. O. S. 43 ff. (wenigstens prinzipiell).

3) Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 19 S. 182 f.

4) Stipulation S. 220.

5) Auch Degenkolb a. a. O. neigt ihm zu.

6) III, 118.

7) Diese Frage wagt Bekker, Prozessualische Konsumtion S. 185 nach dem Stande der Quellen nicht zu entscheiden. Indessen ist uns nur eine einzige bedeutendere Abweichung bekannt: das durch die lex Publilia begründete besondere Rückgriffsrecht der Sponsoren (Gai. III, 127; IV, 22), und auch dieses läßt sich aus bestimmten Gründen hinreichend rechtfertigen: vgl. u. § 4 S. 67 f. — Cuq l. c. I¹ p. 710 n. 1, I² p. 254 n. 2 will freilich aus der Bezeichnung „lex Furia de sponsu“ bei Gaius IV, 22

keit der Peregrinen zur Spondierung veranlaßt worden, haben mit der Fidejussion prinzipiell gar nichts gemein: nicht zwei Formen desselben Rechtsinstituts treten uns entgegen, sondern zwei in Entstehung, Voraussetzungen und Wirkungen durchaus verschiedenartige Rechtsinstitute, die nur während ihres Nebeneinanderbestehens das gemeinsam hatten, daß sie ähnlichen wirtschaftlichen Funktionen zu dienen bestimmt waren, und die deshalb die römischen Juristen zu einer vergleichenden Betrachtung sicherlich schon ebenso allgemein herausforderten wie uns heute ¹⁾).

folgen, daß auch diese lex den Sponsoren ursprünglich eigentümlich gewesen sei; doch kann diesem Ausdruck der durchgängigen deutlichen Darstellung in Gai. III, 121—122 gegenüber um so weniger Gewicht beigemessen werden, als er eine genügende Erklärung in dem Gegensatz zu anderen leges Furiae wie etwa der lex Furia testamentaria findet. — Eingehend gegen Cuq jetzt Ch. Appleton, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 p. 25 n. 1. — Ausführlich behandelt die Frage Schröter, De sponsibus, fidepromissoribus et fideiussoribus specimen (Jen. 1822) p. 28 sqq., der u. a. p. 20 sq., 29 behauptet, daß sponsio und fidepromissio stets auf ein „dare“ gerichtet sein müßten. Das haben Girtanner, Bürgschaft S. 4 und Hasenbalg, Bürgschaft S. 5, 6 für die sponsio gleichfalls bejaht, für die fidepromissio aber verneint und darin einen neuen Unterschied erkennen zu sollen geglaubt. Es entbehrt jedoch das alles einer quellenmäßigen Grundlage: vgl. z. B. die Formel, in welcher auf die das Sponsorenverhältnis angehende Praescriptio aus Gai. IV, 137 die „formula“ aus Gai. IV, 136 „subicitur“, ohne daß Gaius das „facere“ dieser Formel ausgeschlossen hätte; ferner das ausdrückliche doppelte „baec (ea) ita dari fieri spondes?“ in Paul. D. 17, 2, 71 pr.; vgl. weiter Tit. Dig. 45, 1 passim und schließlich Beispiele für die völkerrechtliche und die Verlöbnißsponsion: s. Pernice, Sitzungsber. (1885) S. 1160. — Ebenso unbegründet ist die Annahme von Cuq l. c. I ¹ p. 682, die fidepromissio habe im Gegensatz zur sponsio nie eine actio certae pecuniae, sondern immer eine (incerta) actio ex stipulatu hervorgerufen, bei welcher die Stellung des Judex so frei gewesen sei, daß er die Bürgschaftssumme einfach habe herabsetzen können: das läßt sich aus der „fides“ der Formel ebenso wenig ableiten wie aus Scaev. D. 45, 1, 122, 1. — Wenn Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II S. 732 endlich meint, daß die u. S. 44 besprochenen Sätze über die Infamie des Hauptschuldners bei der fidepromissio nicht zur Anwendung kamen, so gilt das doch nur insoweit, als der Hauptschuldner nicht römischer Bürger war, und hat daher mit der fidepromissio selbst gar nichts zu tun.

1) Wir haben zwar nur in der Darstellung des Gaius (III, 115—127)

Das hat ihnen in der modernen Theorie geradezu einen gemeinsamen Namen, den der „adpromissores“ eingebracht. Ob er aber bereits in Rom so allgemein und insbesondere in diesem Sinne gebräuchlich war, scheint uns angesichts des Quellenmaterials keineswegs so unzweifelhaft zu sein. Man gewinnt hier vielmehr den Eindruck, daß unter diesem Begriff ursprünglich, soweit er überhaupt Anwendung fand, nur die Sponsoren und Fidepromissores verstanden worden sind, die ja auch allein notwendigerweise zu einer promissio hinzutreten müssen, also unter allen Umständen adpromissores in des Wortes eigentlicher Bedeutung sind, während für die Möglichkeit einer fideiussio die etwaige Herkunft der Hauptschuld aus einer promissio ohne Belang wäre ¹⁾. In einem auch die Fidejussoren umfassenden Sinne taucht das Wort wenn überhaupt, so doch erst in einer Periode auf, in welcher unter der Nachwirkung der epistula Hadriani das Fidejussorenrecht sich dem Sponsorenrechte etwas annäherte ²⁾.

Die ältesten Spuren finden sich bei Nichtjuristen. Cicero ³⁾ berichtet, wie Chrysogonos versprochen habe („confirmaret“), er werde den Namen des Sextus Roscius von der Proskriptionsliste streichen, und wie Capito „id ita futurum adpromitteret“.

ein Beispiel hierfür, aber woher sollten uns bei dem Zustande der Digesten auf diesem Gebiete weitere kommen? Lediglich dem Mißverständnisse Tribonianus verdanken wir Ulp. D. 17, 1, 21; s. darüber o. S. 5 Anm. 7.

1) Das hat Gradenwitz, Ungiltigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte S. 271 richtig empfunden, indem er nur „die beiden alten Formen der adpromissio diesen Namen im engsten Sinne verdienen“ läßt. Ihm hat sich Geib angeschlossen, der (vgl. S. 37 Anm. 4 a. a. O.) die adpromissores ständig in diesem engeren Sinne gebraucht: z. B. S. 9, 37, 48 ff., 65 Anm. 2. Vgl. über das entsprechende Verhältnis des prätorischen „addicere“ zu dem „dicere“ der Parteien im Legisaktionenverfahren neuerdings Wlassak, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 25 S. 90 ff., 105 ff., 161 f.

2) Daß schon „die Gesetzgebung . . . den allgemeinen Begriff der Adpromission auffaßte“, wie Huschke, Gaius S. 83 meint, ist ohne jede Begründung. Was die allein in Frage kommende lex Cornelia anlangt, s. u. § 6.

3) p. Rosc. Amer. 9, 26.

Georges ¹⁾ übersetzt „noch dazu d. h. in seinem Namen versprechen“, und man wird in der Tat kein Bedenken tragen, das Wort in dieser Bedeutung zu verstehen. Da ist es nun klar, daß die fideiussio hier nicht inbegriffen sein kann, weil Cicero sie noch gar nicht kennt ²⁾. Und so liefert denn die Stelle in dieser negativen Beziehung gewünschten Beweis, wenn man ihn wirklich von ihr erfordern will. Indessen fragt es sich, ob das erlaubt ist. Denn wird man andererseits positiv behaupten dürfen, daß Capito spondiert oder fidepromittiert habe? Es handelt sich doch hier um öffentlich-rechtliche Verhältnisse, bei denen von einer zivilen Bürgschaft gar nicht die Rede sein kann.

Dieses Bedenken fällt zwar fort, wenn wir zu Festus ³⁾ übergehen, welcher definiert:

„Adpromissor est, qui, quod suo nomine promisit, idem pro altero quoque promittit“.

Aber auch hier wird man den Ausschluss der Fidejussoren annehmen können. Denn wenn es auch zur Zeit des Verrius Flaccus eine fideiussio schon gab ⁴⁾, so wird dieser doch wie das meiste ⁵⁾, so auch diese Stelle aus Varro entnommen haben, dem als Zeitgenossen Ciceros die fideiussio gleichfalls noch nicht vertraut gewesen sein dürfte. Allein der Wert dieses für den Gebrauch des Wortes überhaupt so eminent bedeutsam scheinenden Satzes wird dadurch sehr herabgedrückt, daß er uns in einer zweifellos verstümmelten Gestalt überliefert ist ⁶⁾. So haben denn die Herausgeber bereits ihren Scharfsinn daran zu erproben gesucht, meist indem sie hinter dem „quod“ ein „quis“ eingeschaltet haben. Indes mit Recht warnt Mommsen ⁷⁾.

1) Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch I S. 483; in gleichem Sinne Merguet, Handlexikon zu Cicero (1905) s. v.

2) S. u. § 6.

3) Bruns, fontes II S. 2.

4) S. u. § 6.

5) Bruns in seinen fontes II S. 1.

6) Auch Liebe a. a. O. S. 205 Anm. 1 findet die Stelle „dunkel gefaßt oder corumpiert“.

7) In Bruns, fontes II S. 2 Anm. 4.

vor solchem Vorgehen: der Stil wird dadurch freilich besser, der Inhalt aber einfach falsch: denn wer idem promittiert, was ein anderer (früher) „promisit“, noviert die Obligation: aus dem Adpromissor würde ein Expromissor ¹⁾. Der „quod“-Satz muß also notwendig dasselbe Subjekt haben wie der „qui“-Satz, was auch dazu stimmt, daß ja der Adpromissor nicht weniger „suo nomine“ promittiert als der Hauptschuldner. Dann aber spottet die Verworrenheit und Umständlichkeit der Stelle jeder Beschreibung, und das Unmögliche einer solchen Ausdrucksweise wird durch das unvereinbare „promisit — promittit“ wirksam ins Licht gerückt. Unter diesen Umständen wird man einstweilen darauf verzichten müssen, Festus als Gewährsmann für die Existenz der adpromissio als eines privatrechtlichen terminus technicus anführen zu dürfen.

Dazu kommt, daß uns derselbe Festus ²⁾ eine andere hierher gehörige Ausführung überliefert, die an Klarheit zu wünschen nichts übrig läßt, sachlich aber auf ein Ergebnis hindrängt, das dem aus der vorangehenden Stelle etwa zu gewinnenden geradezu widerstreitet. Sie legt nämlich den Schluss, daß es zur Zeit ihrer Entstehung eine adpromissio als technische Bezeichnung nicht gegeben habe, außerordentlich nahe. Und doch stammt sie von einem Zeitgenossen des Varro, von C. Aelius Gallus. Es heißt dort:

„Reus stipulando est idem, qui stipulator dicitur quive suo nomine ab altero quid stipulatus est, non is qui alteri adstipulatus est. Reus promittendo est, qui suo nomine alteri quid promisit quive ³⁾ pro altero quid promisit.“

In scharfer Gegensätzlichkeit wird hier betont, daß reus

1) S. u. S. 34 ff.

2) s. v. „reus“ (Bruns a. a. O. II S. 33).

3) So nach Bruns-Mommsen. Völlig unstatthaft ist es, vor dem „qui“ der Neapolitaner Handschrift ein „non“ einzuschalten: so noch Bekker, Aktionen II S. 308. — Den zweiten Satz, wie Huschke, Gaius S. 67 Anm. will, auf die fideiussio allein zu beziehen, geht um so weniger an, als dem C. Aelius Gallus die fideiussio noch gar nicht bekannt war: s. u. § 6.

stipulando nur der Hauptgläubiger genannt wird, der für sich selbst stipuliert, reus promittendo aber auch der, der für einen anderen promittiert, der akzessorische Schuldner. Diese ungleichmäßige Terminologie muß jedenfalls einen besonderen Grund haben: und das kann doch nur der sein, daß für den akzessorischen Gläubiger der Sammelname des „reus“ nicht auszuhelfen brauchte, weil dafür ein selbständiger Ausdruck in dem „adstipulator“, auf den das „adstipulatus“ ja auch deutlich genug hinweist, gebräuchlich war. Auf der Passivseite mußte man sich dagegen mit dem „reus promittendo“ behelfen, weil hier ein entsprechendes Wort nicht zur Verfügung stand, wie denn auch Gallus hier keineswegs ein „adpromisit“, sondern ein „promisit“ braucht.

Muß durch dieses einzig einwandfreie Zeugnis aus der republikanischen Zeit der Glaube an die „adpromissores“ bereits stark erschüttert werden, so erfährt er die gleiche Einbuße für die klassische Periode. Denn von Gaius, der hier begreiflicherweise in erster Linie in Betracht kommt, läßt sich mit Bestimmtheit behaupten, daß ihm die Denkform des adpromissor nicht geläufig war. Während er in III, 110 ganz in Übereinstimmung mit der letzterwähnten Festusstelle den adstipulator einführt, unterscheidet er in III, 115, wo er entsprechend die Betrachtung derer, die „pro eo, qui promittit, obligari solent“ einleitet, nur die drei Typen der Sponsoren, Fidepromissores und Fidejussoren, ohne, wie es doch sonst dem Charakter des Werkes und seiner Gewohnheit eigen ist, den zusammenfassenden terminus zu nennen. So ist er genötigt, in § 117 „sponsores et fidepromissores et fideiussores“ zu schreiben; in III, 124 und 127 scheint ihm das selbst zu langatmig geworden zu sein, und er setzt dafür einfach „omnes“ — ein unschöner Lückenbüßer auf Kosten der Deutlichkeit —, und in III, 126 schließlichsagt er gar: „omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum“ und mehrere Zeilen getrennt davon: „horum“: so unbeholfen spricht man doch nicht, wenn man einen klaren terminus technicus zur Verfügung hat.

Dazu paßt das Bild, das die Digesten liefern. Denn wenn sie es auch zur Gewissheit machen, daß der Begriff der

adpromissores bereits gegeben war, so war er doch jedenfalls nicht allgemein üblich und daher kein technischer Ausdruck. Darauf weist schon die an Gaius gemahnende Umständlichkeit des „in universis, qui pro aliis obligantur“ in Ulp. D. 46, 1, 8, 7 hin ¹⁾; aber es liefse sich auch sonst die merkwürdige Tatsache nicht erklären, daß, obwohl die Gelegenheit dazu sich so reichlich bot, das Wort nur an drei Stellen begegnet ²⁾. Lenel ³⁾ freilich vermutet, daß die Kompilatoren dabei die Hand im Spiele hatten. Indessen ist uns das nicht wahrscheinlich. Denn dann wären ihnen jene Fragmente ebenso wenig entschlüpft, wie ihnen die Sponsoren oder Fidepromissores entgangen sind. Allerdings braucht Justinian selbst die „adpromissores“ nirgends ⁴⁾. Aber „expromissor“ und „expromittere“ finden sich bei ihm gleichfalls nicht, und doch kommen beide Wörter in den Digesten nicht selten vor ⁵⁾; andererseits hatte aber Justinian, der die fideiussio nur noch als einzige reine Bürgschaftsform kannte, auch keinerlei Bedürfnis nach einem diese Tatsache verwischenden Gesamtbegriffe ⁶⁾. Die drei Stellen stammen sämtlich aus der Zeit nach der epistula divi Hadriani; trotzdem scheint es, als ob sie die fideiussores noch nicht einbegreifen wollen. Ziemlich

1) Hingegen darf man sich auf Julian hier nicht berufen: denn wenn er auch in D. 46, 3, 34, 8 von einem „reus satisdandi“ statt von einem „adpromissor“ spricht, so macht das doch die Gegenüberstellung des „reus satis accipiendi“ hinreichend begreiflich. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Kompilatoren an dem Schluß der Stelle nicht beteiligt sind: der Plural „fideiussores“ paßt weder zu dem vorhergehenden Falle noch zu dem „quotiens“-Sätze. Lenel, Pal. I 459 beanstandet nichts.

2) Vgl. Vocabularium jurisprudentiae Romanae, Bd. I S. 256.

3) Pal. II praef. S. 3; vgl. auch ebenda II S. 1184 Anm. 3 sowie Heumann-Seckel, Handwörterbuch ⁸ s. v. „fideiubere“.

4) Vgl. Longo, Vocabolario delle costituzione latine di Giustiniano im *Bullettino dell' Istituto di diritto Romano*, Bd. 10.

5) Nach dem Berliner Digestenindex (s. o. S. 3 Anm. 2) findet sich „expromissor“ 12 mal und „expromittere“ 17 mal.

6) Vgl. Paul. D. 45, 1, 91, 4: „accessionibus, id est fideiussoribus“, welche drei Worte Lenel, Pal. I S. 1171 Anm. 1 allerdings für ein Glossem hält, die aber mit gleichem Rechte den Kompilatoren selbst zugeschrieben werden dürfen, deren Auffassung sie jedenfalls richtig wiedergeben; vgl. auch Eisele, *Zeitschr. d. Sav.-St.* Bd. 18 S. 43.

sicher darf das mit Pernice¹⁾ und Girard²⁾ von dem in D. 45 1, 5, 2 überlieferten Fragment des Pomponius behauptet werden, da das vorangehende „promissorem“ in erster Linie auf Sponsoren und Fidepromissoren paßt und man sich bekanntlich bei prätorischen Satisfaktionen der Fidejussoren in der Regel³⁾ nicht bediente⁴⁾. Von den beiden anderen dem Ulpian zugehörigen Stellen kann D. 24, 3, 64, 4 jedenfalls in gleicher Weise verstanden werden. D. 46, 3, 43 aber macht einen sehr schlechten Eindruck⁵⁾, und wenn auch, wie bemerkt, die Kompilatoren keinen Anlaß hatten, die Adpromissoren hinzuzufügen, so sind sie doch schwerlich hier ganz unbeteiligt. Denn daß das Fragment sich durch die allgemeine Fassung, in der es die Befreiung der Akzessionen durch die Befreiung des Hauptschuldners statuiert, mit dem im einzelnen geltenden weit verwickelteren Rechte in Widerspruch setzt, hat Girtanner⁶⁾ bereits ausführlich dargelegt. Auch wird sich nicht bestreiten lassen, daß der Hauptsatz sprachlich und der „praeterquam“-Satz logisch höchst anstößig ist. Denn wie kann die Nichtliberierung des Hauptschuldners eine Ausnahme von der Liberierung des Bürgen

1) Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 19 S. 182 Anm. 5.

2) l. c. p. 749 n. 4.

3) S. aber u. § 8.

4) Daß das „id est, qui idem promittant“ interpoliert ist, wie Pernice a. a. O. behauptet (anders Lenel, Pal.), ist möglich, aber auch nur möglich: das „idem“ spricht nicht dafür (s. u. S. 19 ff.), und ganz „überflüssig“ scheint der Satz vielleicht auch nicht zu sein, wenn Gaius das Wort nicht einmal kennt. Andererseits ist das „id est . . .“ allerdings oft das Zeichen einer Interpolation oder Glosse (s. Eisele, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 7 S. 18 Anm. 1; Bd. 11 S. 1 ff.); die letztere Möglichkeit hielten wir dann für wahrscheinlicher, weil die Kompilatoren den Ausdruck eher durch die bei ihnen so beliebten Fidejussoren ersetzt hätten. — Wenn etwas in der Stelle interpoliert sein soll, dann würden wir den Verdacht auf „satis acceptio“ lenken: eine Verbindung, die nicht nur unschön ist, sondern auch einzig an dieser Stelle vorkommt (vgl. Voc. jur. Rom. I S. 77).

5) Gradenwitz, Ungültigkeit S. 270 Anm. 1 und Lenel, Pal. II S. 1014 bemerken nichts zu der Stelle.

6) Bürgschaft S. 81 ff., 495 ff.; ihm schließt sich Arndts, Pandekten¹² S. 696 an; auch Geib a. a. O. S. 104 Anm. 1, S. 119 Anm. 5 legt der Stelle offensichtlich kein großes Gewicht bei.

darstellen oder wie lassen sich die Schlusfworte sonst in den Zusammenhang einfügen?

Wird somit die geringe Gemeinschaft, die zwischen den älteren Bürgschaftsinstituten und der Fidejussion besteht, auch dadurch bestätigt, daß es einen sie zusammenfassenden Ausdruck in klassischer Zeit wahrscheinlich nicht gegeben hat, so bedarf es doch noch konkreter Argumente, um die Unmöglichkeit einer prinzipialen Funktion der fideiussio zu erweisen. — Wenn nun allerdings Pernice ¹⁾ den Unterschied von der Obligation des Hauptschuldners in erster Linie in der von ihm als allein „richtige“ Fidejussorenformel anerkannten Frage: „*fidene tua id esse iubes?*“ ²⁾ ausgedrückt sieht, so vermögen wir das nicht zu verstehen. Zunächst findet seine der allgemeinen Meinung zuwiderlaufende ausschließliche Sanktionierung des „id“ in den Quellen keinen Boden, und es bedarf keines eingehenden Suchens, um seine Worte „idem steht nicht in der Formel und kann nicht darin stehen“ als unhaltbar zu erweisen. Zugegeben selbst, daß Gaius in III, 116 „id“, nicht „idem“ geschrieben hätte ³⁾, was mit der maßgebenden Lesart von Studemund im Widerspruch stände, so liefert doch schon Gai. III, 112 mit dem ausdrücklichen „idem fideiubes“ gegen Pernice unanfechtbaren Beweis ⁴⁾. Dazu kommen die siebenbürgischen Urkunden, welche die Wahrnehmung gestatten, daß nicht nur die eine Urkunde in ihrem

1) A. a. O. S. 182.

2) Quellenmäßiger ist wohl die Wortstellung: „*id fide tua esse iubes?*“: vgl. Gai. III, 116 („idem“); Corp. inscr. lat. III S. 934, 940, 942, 959; formula Baetica (Corp. inscr. lat. II S. 700 = Bruns, fontes I S. 294); Ulp. D. 45, 1, 75, 6; vgl. ferner Javol. D. 46, 1, 42; Jul. D. eod. 18, 6; Papin. D. eod. 47, 1; Papin. D. eod. 51 pr.; Scaev. D. 17, 1, 60, 1; Ulp. D. 46, 4, 18, 9; Paul. D. 19, 2, 54 pr.; Paul. D. 45, 1, 182, 1.

3) Girard l. c. p. 749 n. 4, der sich ebenso wie Cuq l. c. II p. 545 n. 2 Pernice vollkommen anschließt, bezeichnet das „idem“ hier wie in der cautio de puero empto (s. u. S. 20 Anm. 1) als eine „correction gratuite venant d'idées préconçues“: aber er selbst behält in seinen Textes de droit romain¹ p. 244, 723 die Lesarten bei: wenn die Römer selbst schon diese „idées préconçues“ hatten, dann werden wir wohl keinen Anstoß an ihnen nehmen dürfen.

4) Darüber, daß es sich in III, 112 um Verbürgung handelt, vgl. u. S. 25f.

Sprachgebrauch von der anderen abweicht, sondern daß eine und dieselbe Tafel auf der einen Seite das „id“, auf der anderen das „idem“ enthält ¹⁾). Klarer läßt sich nicht dartun, daß ein Unterschied zwischen „id“ und „idem“ nicht bestand und daher alle auf einem solchen Unterschied basierenden Konsequenzen verfehlt sind ²⁾). Ebenso ergibt die zweifellos auf Sponsoren bezügliche Jul. D. 46, 1, 16 pr. ³⁾), daß in der Sponsionsformel umgekehrt nicht nur „idem“, sondern auch „id“ gebräuchlich war ⁴⁾).

Es ist aber auch vom dogmatischen Standpunkte aus ganz unerfindlich, wie man unter „id“ etwas wesentlich anderes hätte begreifen sollen als unter „idem“. Das eine nimmt in derselben Weise auf die vorangegangene Obligierung eines anderen Bezug wie das andere ⁵⁾): das „idem“ ist nicht mehr und nicht weniger ⁶⁾) unselbständig als das „id“ und steht lediglich statt des genaueren (id[em]), quod ille spondet (promittit, fidepromittit, debet). Es lag deshalb ebenso im Belieben, eines der beiden Worte zu gebrauchen wie überhaupt von der durch sie bewirkten Abkürzung keinen Gebrauch zu machen

1) Die cautio de muliere empta (Corp. i. l. III S. 959) hat auf beiden Seiten „id“, ebenso auf der einen Seite die cautio crediti (n. V; a. a. O. S. 934), während die Worte auf der anderen Seite nicht lesbar sind. Hingegen hat die cautio de puero empto (a. a. O. S. 940 ff.) auf der einen Seite ein deutliches „idem“; auf der anderen Seite stand gleichfalls unzweifelhaft „idem“, doch ist das „em“ durch sechs deutliche Striche fort-korrigiert.

2) Über die nicht hierher gehörige D. 45, 1, 5, 2 s. o. S. 18.

3) Arndts, Pandekten S. 679 Anm. 1; Gradenwitz, Ungiltigkeit S. 270 ff.; Königsberger Festgabe für Schirmer (1900) S. 145; Lenel, Pal. I S. 457; Geib a. a. O. S. 48 Anm. 3; Heumann-Seckel, Handwörterbuch s. v. „fideiubere“; s. auch o. S. 3 Anm. 4.

4) Schon das „id“ hätte also genügende Kraft gehabt, um in Papin. D. 45, 2, 11, 1; eod. 11, 2 die Korrealhaftung zu begründen und die Ratenhaftung auszuschließen.

5) Pernice a. a. O. selbst übersetzt die Fidejussionsformel: „Weist du mich an, daß das auf deine Treue geht?“. Dieses „das“ ist sowohl „id“ wie „idem“. Wie wir Geib a. a. O. S. 37.

6) So z. B. Liebe a. a. O. S. 213, dem nur das „id, quod Titius debet“ die völlige Identität bezeichnet: das ist natürlich ebenso unberechtigt.

und die volle Stipulationsformel, freilich bei Sponsion und Fidepromission ¹⁾ unter einem entsprechenden Hinweis auf die Identität dieser res mit der durch die erste Stipulation begründeten ²⁾, ausdrücklich zu wiederholen. Ein Beispiel gewährt J. 3, 16 pr., wo statt „idem dare spondes?“: „eodem quinque aureos dare spondes?“ gefragt wird ³⁾).

Sucht nun aber Pernice ⁴⁾ aus dem „id“ wirklich die Folgerung zu ziehen, der fideiussor verspreche gar nicht dasselbe wie der Hauptschuldner, sondern er nehme nur dessen Verbindlichkeit unter seine Gewähr, so ist das aus dem Grunde zurückzuweisen, weil für den Sponsor in keiner Beziehung anderes gilt. Soweit die Römer zur Erklärung einzelner Erscheinungen auf dem Gebiete des Bürgschaftsrechtes Haupt- und Bürgschaftschuld als identisch angesehen haben, sind die praktischen Wirkungen der eadem res bei beiden Instituten ganz die gleichen. Trotz seiner prinzipiellen Übereinstimmung mit Pernice räumt das Girard ⁵⁾ offen ein: „au reste la doctrine a, malgré la différence de formule, considéré l'obligation du fidéjusseur comme ayant aussi bien que celle des autres adpromissores nécessairement le même objet que celle du débiteur principal“. In dieser Weise erklärt er denn auch die Nichtigkeit der fideiussio in aliam und in duriores causam ⁶⁾ sowie die konsumierende Wirkung der litis contestatio ⁷⁾, indem er beide Folgerungen als der Fidejussorenformel widersprechend hinstellt und sie nur aus der Neigung der „doctrine“, die Rechtssätze der sponsio hierher zu übertragen, erklärt. Was soll denn aber für uns maßgebender sein als die „doctrine“? Wenn die römischen Juristen das „id“

1) Über den Grund, warum die Regelung im Fidejussionsrechte freier war, s. u. S. 29.

2) Sonst drohte Ratenhaftung: vgl. die S. 20 Anm. 4 zitierten Stellen und Binder, Korrealobligationen (1899) S. 19f.

3) Zutreffend vgl. zu dem Ganzen Binder a. a. O. S. 154 Anm. 81a. E. — Die älteren Schriftsteller setzen „id“ und „idem“ ebenfalls gleich.

4) A. a. O. S. 183.

5) l. c. p. 749 n. 4.

6) l. c. p. 751 n. 6.

7) l. c. p. 753 n. 1.

schon als mit „idem“ identisch verstanden haben, dürfen wir dann päpstlicher als der Papst sein? — Pernice selbst schließt entgegengesetzt: da nur „id“ in der Formel stehe, so „mußte das idem von der Rechtswissenschaft bestimmt werden“: also auch er hält die Annahme einer Identität von Bürgschafts- und Hauptschuld für erforderlich, um aus ihr jene Erscheinungen des praktischen Rechtes zu erklären. Warum dann diesen Umweg über die Rechtswissenschaft? Und die Rechtswissenschaft hätte dieser Interpretation dadurch genügt, daß sie die *fideiussio in aliam* oder in *duriorem causam* nicht zuließ? Dann hätte sie es sich leicht gemacht. Uns scheint das vielmehr, ebenso wie Girard, ein gegen Pernice sprechendes Zeichen zu sein, zumal sich diese Erörterungen ganz in der gleichen Weise auch bei Sponsoren und Fidepromissoren finden¹⁾, bei denen das „idem“ der Formel von Pernice selbst so besonders betont wird.

Andererseits hat die römische Dogmatik aber auch die Verschiedenheit nicht übersehen, die den Bürgen von dem Korrealschuldner trennt. Natürlich steht der Bürge nur für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners ein, nicht verpflichtet er sich selbst zu deren Erfüllung²⁾, und so nehmen denn die Obligationen beider überall da einen verschiedenen Inhalt an, wo die Verpflichtung des Hauptschuldners eine nicht vertretbare Leistung zum Gegenstande hat. Auch das trifft den „idem“ versprechenden Sponsor so gut wie den Fidejussor, und es wird sich schwerlich bestreiten lassen, daß Ulpian und Paulus die in D. 46, 3, 31 und D. 45, 1, 49, 1 angeführten Fälle ganz ebenso entschieden hätten, wenn dort statt des Fidejussors ein Sponsor eingetreten wäre. Das „idem“ muß eben nur in einem weiteren Sinne verstanden werden, der zunächst nur die Bezugnahme auf die prin-

1) Gerade in dieser Hinsicht heißt es: „in eo quoque iure (so die Ausgabe von Seckel und Kübler 1908) *par condicio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur*“ (Gai. III 126)“.

2) „nicht, weil hier nicht idem geschuldet würde, wohl aber weil der fideiussor kein selbständiges idem, sondern nur ein akzessorisches idem schuldet“: Geib a. a. O. S. 55. Vgl. Binder a. a. O. S. 140 ff., 160 f.

zipale Obligation ausdrücken soll und zu einem exakten „idem“, erst dann führt, wenn nicht mehr die auf „dare facere oportere“ gehende, sondern die am Ende allein maßgebende, auf „condemnari oportere“ gerichtete Obligation in Frage steht ¹⁾. — Nichts erweist aber die Unmöglichkeit der Perniceschen Unterscheidung besser als die Ausführung von Cuq ²⁾, der mit ihr Ernst macht: dem „id“ soll die Fidejussio ihre Vererblichkeit und ihre unbefristete Dauer verdanken, aus dem „idem“ die Möglichkeit vorausgehender Fidejubierung zu folgern sein: für diese ungeheuerlichen Behauptungen einen Beweis anzutreten, versucht Cuq ebenso wenig, wie er andererseits der konsumierenden Wirkung der Litiskontestation gerecht zu werden vermag ³⁾.

Selbst wenn aber sowohl die Pernicesche Fidejussionsformel wie die Unterscheidung zwischen „id“ und „idem“ gerechtfertigt wäre, so wäre immer noch kein Grund vorhanden, warum diese Formel nicht auch vom Hauptschuldner sollte gebraucht werden können. Das gibt Pernice ⁴⁾ selbst zu. Das Argument für die Unwahrscheinlichkeit der prinzipalen Funktion des fideiubere muß daher in anderen Momenten gefunden werden.

Zunächst ist die Tatsache, daß trotz der offenbaren Neigung der Kompilatoren für „fideiussor“ und „fideiubere“ jedes in den Digesten nur einmal als auf den Hauptschuldner bezüglich vorkommt (Jul. D. 46, 3, 34, 1 bzw. Ulp. D. 46, 2, 6 pr. ⁵⁾) und in anderen Werken der klassischen Jurisprudenz oder Justinians überhaupt nicht in diesem Sinne gebraucht wird, für uns von entscheidender Bedeutung, zumal sich jene beiden durch die Seltenheit des Ausdruckes an sich schon verdächtigen Stellen teils auch aus anderen Gründen, teils auch bezüglich anderer Worte als interpoliert erwiesen haben ⁶⁾. Ein so gänzlicher,

1) Zutreffend Geib a. a. O. S. 65, der die mögliche Verschiedenheit in dem Leistungsinhalte der beiden Obligationen im römischen Rechte „durch das Geldkondemnationsprinzip verdeckt“ sieht; ebenso Binder a. a. O. S. 149 ff., 161.

2) L. c. II p. 545 suiv.

3) L. c. II p. 546 n. 6.

4) A. a. O. S. 182 Anm. 4.

5) Vgl. auch o. S. 8 Anm. 2.

6) S. o. S. 2, S. 8 Anm. 3, 4.

unbegründeter Mangel eines Ausdruckes bei solchem Reichtum des Quellenmaterials liefert vollen Beweis.

Positiv bestätigt wird das durch die drei siebenbürgischen Stipulationen, welche außer der Verpflichtung des Hauptschuldners auch eine Verbürgung zum Gegenstande haben ¹⁾: stereotyp lauten sie: „. . . dari fide rogavit (Primus), dari fide promisit (Secundus); id(em) fide sua esse iussit (Tertius)“: obwohl also fiderogare sowohl wie fidepromittere hier prinzipale Funktion ausüben und es daher nahe gelegen hätte, fideiubere in gleichem Sinne zu verstehen, wird fideiubere doch überall in gleicher Weise ohne den geringsten erläuternden Zusatz zur Bezeichnung des akzessorischen Verhältnisses gebraucht: daß es zu dieser Zeit fähig gewesen wäre, noch etwas anderes auszudrücken, muß danach als ausgeschlossen gelten.

Gegen die Beweiskraft dieser Momente wiegen die Belege sehr leicht, auf die Goeppert ²⁾ seine entgegengesetzte Ansicht gründet. Aus Gai. III, 92, III, 112 und Paul. sent. II, 3 folgert er, daß spondere, fidepromittere und fideiubere gleich behandelt und sämtlich auch für den Hauptschuldner angewandt werden. Gai. III, 92 und Paul. II, 3 versagen aber für eine solche Argumentation vollständig: sie wollen lediglich die Stipulation, die Verbalobligation definieren und wählen zu diesem Zwecke als Beispiele die am häufigsten vorkommenden Fälle: „dari spondes? spondeo; dabis? dabo; promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto; fideiubes? fideiubeo; facies? faciam“. Und tatsächlich läßt sich nicht leugnen, daß alle diese Beispiele in gleicher Weise geeignet sind, den Begriff der Verbalobligation klar zu machen, und daß es hierfür gar nicht darauf ankommen kann, ob dieselbe zu einer prinzipalen oder zu einer akzessorischen Obligierung führt. Denn darüber, daß die durch dare, promittere, facere bewirkten Stipulationen jedenfalls auf einer anderen Stufe stehen als die durch spondere, fidepromittere, fideiubere bezeichneten, kann doch, scheint uns, ein Zweifel kaum obwalten, da

1) Corp. inscr. lat. a. a. O. n. V, VII, XXV (Bruns a. a. O. n. 105, 107, 127, 2).

2) A. a. O. S. 266 f.

die letzteren jedenfalls eine Verbürgung zum Gegenstande haben können, wozu die ersteren nach den Quellen gar nicht befähigt sind ¹⁾. Gaius und Paulus haben hier aber mit Recht von jeder sachlich begründeten Rangordnung abgesehen, da es ihnen nur auf die Form ankam. Erst wo der Unterschied zwischen prinzipaler und akzessorischer Obligation zur Erörterung stand, war eine solche Rangordnung angebracht, und durchaus folgerecht sehen wir denn auch Gaius in III, 116 die sechs Stipulationen des § 92 nach diesem Prinzip in zwei Gruppen von je drei von einander scheiden ²⁾.

Keine bessere Grundlage für Goepperts Folgerungen bietet Gai. III, 112. Hier weist Gaius nur darauf hin, daß der Adstipulator sich anderer Worte bedienen kann als der Hauptgläubiger, und er führt dafür als Beispiel an, daß, wenn einer von diesen „spondes“ gefragt habe, der andere „fidepromittis“ oder „fideiubes“ brauchen könne und umgekehrt. Daraus läßt sich nur schließen, daß der Rogierte sich nicht als Hauptschuldner, sondern als Bürge verpflichten wollte, worauf alle drei Worte gleichmäÙig passen ³⁾. Das darf man auch nicht als gekünstelt

1) Über die einzig zweifelhafte Stelle (Gai. III, 116) s. folg. Anm.

2) Im übrigen ist der Sinn von III, 116 in völliges Dunkel gehüllt, und es wird sich eine ausreichende Erklärung schwer finden lassen. Immerhin scheint die Vermutung von Seckel-Kübler a. a. O., nach welcher Gaius über den Unterschied zwischen Korreal- und Bürgschaftsobligation gehandelt haben soll, den Vorzug vor der herrschenden Meinung zu verdienen, welche eine sonst nirgends erwähnte adpromissio mit den Formeln „idem dabis? idem promittis? idem facies?“ voraussetzt: so Puchta, Institutionen ¹⁰ II S. 322; Bekker, Proz. Cons. S. 193; Salpius, Novation S. 167; Geib a. a. O. S. 45 Anm. 3, S. 48 und besonders Goeppert a. a. O. S. 296f., für den aber die griechischen Formen ebenso wenig beweisen wie für Appleton, Revue de législation (1876) p. 569. Die Lösung des von Gaius durch „videbimus autem“ aufgeworfenen Problems fehlt eben, und es ist mehr willkürlich als „notgedrungen“, daraus mit Goeppert die doppelte Folgerung abzuleiten, daß Gaius „eine vierte Art von Adpromissoren“ kennzeichnen und sie mangels einer anderen Regelung gleichfalls als Fidejussoren betrachtet wissen wollte.

3) Wie Degenkolb, Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 9 S. 142 Anm. 55 dazu kommt, das „fideiubere“ hier als von dem Adstipulator gebraucht zu verstehen und daraus die Anwendbarkeit des „fideiubere“ für das akzes-

zurückweisen wollen: denn einmal braucht Gaius auch „fidepromittere“ ausnahmslos vom Bürgen; außerdem war aber auch die Streitfrage, deren Lösung Gaius hier offenbar vorträgt, auf dem Gebiete des Bürgschaftsrechtes ergiebiger, da sich hier drei Alternativen boten, während von den drei von Gaius für die Hauptobligation angeführten Fragen (dabis, facies, promittis?) nur das „promittis“ mit den anderen beiden Worten konkurrieren konnte, „dabis“ und „facies“ aber sich ohnehin gegenseitig ausschlossen. Schliesslich trägt, wenn man die gesamte gaianische Darstellung überblickt, zweifellos die Gegenansicht die Beweislast.

Noch viel weniger vermag zu überzeugen, was Geib ¹⁾ in dieser Beziehung darlegt. Sein unmittelbares Quellenmaterial erschöpft sich in Gai. III, 92, III, 112 und Ulp. D. 46, 2, 6 pr. und ist somit bereits oben ²⁾ gewürdigt. Im übrigen aber beruft er sich auf Ulp. D. 48, 3, 1, Ulp. D. eod. 3, Marcian. D. 48, 21, 3, 7 und Ulp. D. 4, 6, 28, 1, in denen die fideiussores Träger selbständiger Verpflichtungen seien. Zwar seien diese Bürgen „Kriminalbürgen“ (besser Prozefsbürgen) und hätten früher „vades“ geheissen, doch würden sie „in der Kaiserzeit allenthalben fideiussores genannt“. Hiergegen ist zunächst zu erwidern, dafs, als das Vadimonium zu einer prätorischen Stipulation wurde, die vades sich, wie Geib an anderer Stelle ³⁾ selbst anerkennt, in Sponsoren, nicht aber in Fidejussoren verwandelten ⁴⁾, dafs also in all jenen Fragmenten an die Stelle des Fidejussors der Sponsor zu setzen ist ⁵⁾ und diese daher aus unserer Dis-

sonische Verhältnis auch auf der Aktivseite zu entnehmen, ist ganz un-
erfindlich.

1) A. a. O. S. 43 ff.

2) Vgl. S. 23, 24 f., 25 f.

3) S. 62.

4) Vgl. Lenel, Pal. II praef. S. III sub 1.

5) So verbessert denn auch Lenel, Pal. in den drei erstgenannten Stellen (in D. 48, 3, 1; eod. 3 allerdings unter Beifügung eines Fragezeichens); dafs er (II S. 482) in D. 4, 6, 28, 1 dagegen „fideiussorum“ stehen gelassen, beruht daher wohl auf einem Versehen. — Gradenwitz, Archiv für Papyrusforschung I S. 334 Anm. 2 und Wenger, Rechtshistorische Papyrusstudien (1902) S. 87 Anm. 1 lassen freilich die l. 28 § 1 gleichfalls unberührt. Übrigens wird hier „sponsorum“ ebensowenig gestanden

kussion von vornherein ausscheiden könnten. Aber selbst abgesehen davon handelt es sich hier keineswegs nur um eine Änderung des Sprachgebrauches, sondern um eine sachliche Reform, welche die alten vades tatsächlich verdrängte. Denn die ehemaligen vades waren, wie Jhering ¹⁾ treffend ausführt, wirklich Alleinschuldner, Hauptschuldner; nicht aber sind das mehr die Sponsoren, welche „reum certo die sisti“ spondieren: diese Sponsoren sind in streng zivilistischem Sinne akzessorisch, was, wie ausgeführt ²⁾, nicht dadurch berührt wird, daß sie nur die Garantie übernehmen, „ut (reus) stet“ ³⁾. So ist denn auch insbesondere eine entsprechende Sponsion des reus selbst notwendige Voraussetzung ⁴⁾, und dem neuen sponsor ist von dem alten vas nicht viel mehr als sein auch freilich kaum noch angewandter Name erhalten geblieben: es ist bezeichnend genug, wie Porphyrio ⁵⁾ den Horazlesern die vades lediglich als eine besondere Art von Sponsoren erklärt:

„vades autem sponsores dici notum est, quod, qui eos dederit, vadere ei id est discedere interim liceat“,

und noch bezeichnender, wie das Edikt ⁶⁾ vadimonium cum und sine satisdatione unterscheidet: Vorstellungen, die für das alte vadimonium gänzlich unvollziehbar gewesen wären. — Gar nichts endlich können die von Geib angezogenen Codexfragmente erhärten, in denen spät- oder nachklassische Kaiser irgendwelche im Prozesse auftretenden Personen als „fideiussores“ bezeichnen.

Nichts erweist aber die Unhaltbarkeit der bekämpften Ansicht mehr als die gänzliche Unmöglichkeit, von ihr aus die

haben: „satisdatione“ genügte zum Verständnis vollauf, und der Pleonasmus war vermieden. Vielleicht hieß es aber auch einfach „sub sponsoribus“ wie in Marcian. D. 48, 21, 3, 7.

1) Geist des römischen Rechts, Vorrede zur 4. Aufl. Bd. III S. XIII f., XX; vgl. auch Girard l. c. p. 747 n. 4, p. 996 n. 2; Sohm, Institutionen ¹¹ S. 380 Anm. 3.

2) S. o. S. 22 f.

3) Vgl. Cels. D. 45, 1, 81 pr.

4) Vgl. besonders Wenger a. a. O. S. 66 ff. und vor allem S. 75, 78.

5) Ad Hor. sermones (ed. Wilh. Meyer) 1, 1, 11.

6) Vgl. Gai. IV, 185; Lenel, Edictum perpetuum ¹ S. 66; édit perpétuel ² I p. 91 sq.

doch mindestens auch akzessorische Natur der fideiussio zu erklären. Geib findet das akzessorische Moment derselben lediglich in dem „idem“ der Formel ausgedrückt ¹⁾, das hier, weil „der fideiussor nicht die Hauptobligatio mit eingeht, sondern sich für die Hauptobligatio verpflichtet“, notwendig anders zu verstehen sei als bei der Korrealobligatio. Das gehe daraus hervor ²⁾, daß „sich die verborum obligatio des fideiussor schon durch ihre Form von jeder Stipulation deutlich unterschied“. Was meint aber Geib mit dieser Form? Offenbar doch das „id fide tua esse iubes?“. Dann aber scheint er sich selbst widerlegt zu haben. Denn wenn die Formel erst dem „idem“ den akzessorischen Charakter verleihen soll, dann muß dieser sich doch wohl aus dem Worte „fideiubere“ ergeben: denn etwas anderes enthält die Formel doch überhaupt nicht. Also bezeichnet die fideiussio selbst das Akzessorische des Geschäftes.

1) Wo daher das „idem“ fehle wie bei der „fideiussio“ rem pupilli salvam fore, da habe die fideiussio auch einen selbständigen Charakter. Es ist schwer zu sagen, wo die Kritik hier zuerst einsetzen soll: a) Woher weiß denn Geib, daß das „idem“ hier gefehlt habe? b) Die Promittenten waren regelmäßig gar keine Fidejussoren, sondern Sponsoren (vgl. Lenel, Pal. II praef. S. III sub 1). c) Der Tutor spondierte natürlich gleichfalls, wie das in Ulp. D. 46, 6, 4, 2 noch zum Überflus zu lesen steht: von einem selbständigen Charakter kann also gar keine Rede sein. Offenbar trägt das „manet fideiussor obligatus“ der C. 5, 57, 2, 2 Schuld an diesem Mißverständnis, indem Geib nicht berücksichtigte, daß sich diese Worte nur auf den Fall beziehen können, in dem der Tutor mit der actio tutelae und nicht mit der actio ex stipulatu aus der cautio belangt worden ist, was zwar aus der vielfach interpolierten (s. Keller, Litiskontestation und Urteil S. 437 Anm. 5 a. E.) C. 5, 57, 2 nicht ausdrücklich hervorgeht, aber angesichts der Ulp. D. 46, 2, 9 pr. nicht zweifelhaft sein kann: vgl. darüber u. § 8.

2) A. a. O. S. 45 Anm. 3.

Erstes Kapitel.

Die Sponsio.

§ 2.

Sponsor der Hauptschuldner und Sponsor der Bürge.

Aus dem Gesagten hat sich ergeben, daß Fidejussoren immer Bürgen, Sponsoren und Fidepromissoren aber bald Bürgen, bald Hauptschuldner sind. Daraus folgt: in der Fidejussionsformel braucht, da sie stets eine akzessorische Verpflichtung zum Gegenstande hat, also immer aus einer bereits vorhandenen Obligation ihre rechtliche Kraft und ihren Inhalt schöpft, nicht besonders auf diese Hauptobligation Bezug genommen zu werden; diese Bezugnahme versteht sich von selbst, weil sich die *accessio* ja ohne die Hauptsache gar nicht vorstellen läßt. Wenn daher auch, wie erörtert, in den Quellen sehr häufig durch ein „*id*“ oder „*idem*“ auf die Hauptschuld verwiesen wird, so ist das nur eine vollere Form, die in der Praxis der Klarheit halber oft erwünscht sein mag, vor allem aber auch ein Erfordernis der Syntax, da „*fideiubere*“ nach einem Objekt verlangt. Wo ein solches schon von selbst sich dadurch darbietet, daß durch irgendwelche Modifikationen, unter denen die Bürgschaft eingegangen wird, ein bestimmter Zusatz zu dem Formelschema treten muß wie etwa in Ulp. D. 46, 4, 13, 9: „*quod Titio credidero, fide tua esse iubes?*“¹⁾ oder in Paul. D. 19, 2, 54 pr.: „*in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes?*“²⁾, da wird infolgedessen das „*id*“ oder „*idem*“ überflüssig, und es fällt weg.

1) Ebenso in Paul. D. 45, 1, 132, 1; Papin. D. 46, 1, 47, 1.

2) Vgl. ferner Jul. D. 46, 1, 16, 6; Papin. D. eod. 51 pr.; Javol. D. eod. 42: die ausführliche Begründung der letzten Stelle scheint übrigens

Ganz anders bei den Sponsoren und Fidepromissoren, die wir im folgenden, soweit Entsprechendes von ihnen gilt, als Sponsoren zusammenbegreifen wollen. Ein bloßes „spondes? spondeo“ begründet hier lediglich eine Verpflichtung des Spontenten, die in sich selbständig ist und zu keiner anderen Obligation in irgendwelche Beziehung tritt. Soll eine solche Beziehung eintreten, so müssen besondere Maßnahmen ergriffen werden, die diese Beziehungen zum gegenseitig verständlichen Ausdruck bringen: das Mittel war, wie selbstverständlich, eine entsprechende Fassung der Sponsionsworte: durch das Wörtchen „idem“ (seltener „id“ ¹⁾) haben die Römer mit einem Schlage sowohl die vielfältige und die Teilhaftung ausgeschlossen ²⁾ wie auch den notwendigen Zusammenhang mit der anderen Stipulation hergestellt, und der Typus dieser Sponsionsformel lautet demnach, wie auch niemals bestritten worden: „Sei, idem dari spondes?“.

Nun entgegnet Seius „spondeo“. Ist er damit Hauptschuldner oder Bürge geworden? Sponsor ist er geworden: aber in welcher Bedeutung? prinzipaler oder akzessorischer Sponsor? Darüber sagt die Formel nichts aus, und man steht vor einem Rätsel, das nur um so dunkeler ist, als es bisher, soweit wir sehen, so wenig Beachtung gefunden hat. Liebe ³⁾, dessen hier einschlagende Erörterungen, wenn sie auch die neue Pandektenkritik noch nicht kennen, überhaupt methodisch von großer Bedeutung sind, hat bereits erkannt, „daß die Form der Verbürgung durch sponsio . . . von der Form der Verpflichtung zweier principaliter obligierter correi . . . gar nicht zu unterscheiden“ ist ⁴⁾. Die Lösung des Problems aber, die sich ihm

interpoliert zu sein: Eisele, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 13 S. 149 f.; Brafsloff, Zur Kenntnis des Volkrechts in den romanisierten Ostprovinzen S. 59 Anm. 2; auch Girard l. c. p. 751 n. 6 erklärt sie für „un jeu de mots“; vgl. Bremer, Jurisp. antehadr. II, 2 S. 483.

1) Vgl. oben S. 20.

2) Darüber treffend Binder a. a. O. S. 19 f.

3) Stipulation S. 219 f.; in Weiskes Lexikon V S. 512 ist seine Abgrenzung zwischen Novation und Bürgschaft recht oberflächlich.

4) Girard l. c. p. 748 n. 2 ist gleichfalls darauf aufmerksam geworden: vgl. darüber unten S. 40 Anm. 2. Hingegen sagt Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund ¹ S. 39 f. in einer auch auf Sponsion

nun zur Aufgabe stellte, kann als gelungen nicht betrachtet werden. Mit Recht geht er von dem Satze aus, daß die *correi* sich nur *uno actu* verpflichten können ¹⁾; zur Begründung führt er auch die üblichen Stellen, an der Spitze J. 3, 16 pr. an, begeht aber den grundlegenden Fehler bereits bei der Abgrenzung der Novation von der Korrealverpflichtung. Da er sich von den Kompilatoren noch die Unerläßlichkeit des *animus novandi* zur Novation einreden läßt ²⁾, andererseits aber Gai. III, 176 von einem solchen *animus* nichts weiß, so vermutet er, daß dieser *animus* in der von Gaius berichteten Formel „*si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim*“ eben seinen gewöhnlichen Ausdruck gefunden habe ³⁾. Werde aber bei einer nachträglichen Sponsion diese Formel nicht verwendet, so finde mangels des *animus novandi* auch keine Novation statt. Dieses ihm so zur Verfügung stehende Gebiet ⁴⁾ füllt er nun positiv dadurch aus, daß er es dem akzessorischen Sponsor anweist, indem er sagt: werde die sponsio „*idem dari spondes?*“ *uno actu* mit der ersten sponsio vorgenommen, so trete Korrealität ein; erfolge sie aber nachträglich, so könne ja, weil nicht die Formel „*quod Titius spondidit, spondes?*“ gebraucht werde, nicht Novation eintreten, der Erfolg sei vielmehr hier die Verbürgung ⁵⁾.

und Fidepromission bezüglich der Ausführung, daß bei diesen „schon die Stipulationsformel das Abhängigkeitsverhältnis von der Hauptschuld begründet“.

1) A. a. O. S. 214 ff. 2) A. a. O. S. 209 ff., 231 f.

3) A. a. O. S. 212. Im Prinzip ähnlich Cuq l. c. II p. 521 n. 1, nur daß er unbegreiflicherweise die obige Formel gerade für die Begründung einer akzessorischen Verpflichtung in Anspruch nimmt.

4) Ganz genau ebenso spricht Bekker, Aktionen II S. 312 von einem „mittleren Gebiet“. Treffend nennt er die von Salpius (s. u. S. 32 Anm. 1) vorgetragene Ansicht die „glatteste Lösung“, sieht sich aber ihr zu folgen, durch seinen Glauben an den *animus novandi* und an das Bestehen der Solidarobligatio im klassischen Rechte gehindert.

5) In gleicher Weise behauptet die Unvereinbarkeit der Sponsionsverbürgung mit dem Erfordernis der *unitas actus* Geib a. a. O. S. 45 Anm. 3a. E.; vgl. auch Jhering, Geist d. röm. R. ⁴ Bd. III 1, S. 155 Anm. 186; Unger in Jherings Jahrbüchern Bd. 22 S. 280 Anm. 176; Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II S. 727; Bortolucci, *Bullettino dell'Istituto di dir. Rom.* Bd. 17 p. 269.

Indessen diese ganze Beweisführung fällt mit der Tatsache, daß es einen *animus novandi* als Erfordernis für die Novation im klassischen Rechte nicht gegeben hat. Das ist heute ziemlich allgemeine Meinung, soweit es sich um die Zeit bis Gaius einschließt handelt ¹⁾. Und da es für unsere Betrachtung lediglich auf diese Periode ankommen kann, so tut unsere Überzeugung, daß mit diesem Ergebnis erst halbe Arbeit getan sei und daß die auf den *animus* verweisenden Stellen von Papinian, Ulpian und Paulus im Hinblick auf C. 8, 41, 8 pr., § 1 ganz ebenso interpoliert seien wie die der früheren Juristen ²⁾, wenig zur Sache. Wir müssen uns daher darauf beschränken, eine gedrängte Übersicht über die bereits verdächtigten und die noch nicht behandelten Stellen einzufügen, um so insbesondere die Folgerung zu ermöglichen, daß sich die vorpapinianischen Fragmente in unserer Frage nach keiner Richtung hin von den späteren unterscheiden ³⁾.

1) Grundlegend Salpius, *Novation* S. 131 ff., besonders S. 186 ff., 256 ff.; übereinstimmend Bähr, *Anerkennung* S. 38 Anm. 9; Gide, *Études sur la novation* (Paris 1879) p. 153 sqq., 171 sqq.; Dernburg, *Pandekten* II S. 169 Anm. 6; Merkel, *Röm.-rechtl. Begr. d. novatio* S. 11 ff., 41 ff.; v. Blume, *Novation, Delegation und Schuldübertragung* S. 60 ff.; ähnlich Girard l. c. p. 693 n. 3. In die spätere Zeit der Republik verlegt das Erfordernis des *animus novandi* Karlowa a. a. O. II S. 740 f. zurück. Völlig ablehnend verhalten sich die Älteren, aber auch noch Mittels, Individualisierung der Obligation S. 7 Anm. 9; Hruza, *Zur Lehre von der Novation* S. 8 Anm. 11, woselbst einige Literatur, sowie Geib a. a. O. S. 46 Anm. 2.

2) Von einer solchen Unterscheidung wissen denn auch Gradenwitz, *Interpolationen* S. 218 f. und Binder a. a. O. S. 9 ff., namentlich S. 10 Anm. 33, S. 217 f. mit Recht gar nichts.

3) Unterstützend sei noch folgendes angedeutet: a) Für Salpius' entgegengesetzte Ansicht war offensichtlich ausschlaggebend die Bemerkung Tribonianus in J. 3, 29, 3a über den *animus novandi* bei den *veteres*. Warum zu diesen *veteres* nun zwar nicht Gaius und seine Vorgänger, wohl aber bereits der ein Menschenalter jüngere Papinian gehören soll, ist nicht einzusehen, zumal andererseits nicht weniger als reichlich drei Jahrhunderte zur Verfügung stehen. Zudem bemerkt ja auch Salpius a. a. O. S. 187 selbst mit Recht, daß es mit der Autorität Justinians als Historikers ziemlich übel bestellt ist (vgl. auch E. Levy, *Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 24* S. 128). — b) Merkel a. a. O. S. 47 f. betont zur genaueren Fixierung

Aus folgenden Stellen sind die *emblemata Triboniani* bereits erfolgreich hinausbefördert worden: aus Paul. D. 2, 14, 27, 2¹⁾, Paul. D. 17, 2, 71 pr.²⁾, Papin. D. 22, 1, 4 pr.³⁾, Jul. D. 45, 1, 58⁴⁾, Jul.-Paul. D. eod. 91, 6⁵⁾, Ulp. D. 45, 2, 3 pr.⁶⁾, Ulp. D. 46, 2, 8, 1⁷⁾, Ulp. D. eod. 8, 2⁸⁾, Ulp. D. eod. 8, 5⁹⁾,

der Zeit des Aufkommens des *animus novandi*, für das er im allgemeinen recht plausible Gründe anführt (S. 45 ff.), daß die durch Caracalla erfolgte allgemeine Verleihung des Bürgerrechtes ein wichtiger Faktor gewesen sei: allein dieses Ereignis fällt in das Jahr 212, dasselbe, in dem Papinian durch Mörderhand fiel. Auf Papinian kann es daher gar nicht mehr eingewirkt haben. Wenn es nun schon mit Rücksicht auf anderweitige entsprechende Erfahrungen nicht angezeigt erscheint, auf Papinian eine neue Anschauungsweise zurückzuführen, ohne daß wir seine Autorschaft aus seinen eigenen Ausführungen oder denen Späterer, insbesondere der ihn vergötternden Kompilatoren unmittelbar entnehmen könnten, so sind Ulpian, Paulus oder gar die anderen Spätclassiker erst recht nicht dazu angetan, als Neuerer in grundlegenden Fragen gefeiert zu werden. Eine das nicht beachtende rechtsgeschichtliche Hypothese muß von vornherein Zweifel wecken. — c) Die meisten der von Merkel angeführten Belegstellen sind bereits als interpoliert erwiesen: über D. 22, 1, 4 pr. (vgl. Merkel S. 13, 21, 23, 42, 44, 48 f.) s. u. Anm. 3; über D. 45, 2, 3 pr. (vgl. Merkel S. 19, 46) s. u. Anm. 6; wegen D. 46, 2, 6 pr. vgl. o. § 1 S. 8 Anm. 3. — Die von Merkel S. 47 dem Paulus zugeschriebenen Worte „*omnes stipulationes natura sui cautionales esse*“ stammen übrigens von Ulpian (D. 46, 5, 1, 4).

1) Lenel, Pal. I S. 973 Anm. 1.

2) Pergament, Konventionalstrafe und Interesse S. 86 f.; Bremer, *Jurispr. antehadr.* I S. 207, 318.

3) v. Blume, *Zeitschr. d. Sav.-St. Bd.* 19 S. 1 ff.; Lenel, Pal. I S. 868 Anm. 5 bezeichnet das „*novandi animo*“ als Glosse.

4) Liebe a. a. O. S. 209 Anm. 4; Lenel, Pal. I S. 458 Anm. 2; Merkel a. a. O. S. 13; Henri Appleton, *Des interpolations dans les pandectes* (1895) p. 124; Girard l. c. p. 693 n. 3, p. 694 n. 5.

5) Lenel, Pal. I S. 1171 Anm. 2.

6) Binder a. a. O. S. 15 f.; anders noch Lenel, Pal. II S. 1183 f.; Eisele, *Archiv f. d. zivil. Praxis Bd.* 77 S. 425; *Zeitschr. d. Sav.-St. Bd.* 13 S. 149.

7) Lenel, Pal. II S. 1182 Anm. 1 u. 2; vgl. auch Gradenwitz, *Interpolationen* S. 218 f.

8) Lenel, Pal. II S. 1182 Anm. 3; Gradenwitz a. a. O.; Binder a. a. O. S. 10 Anm. 32.

9) Lenel, Pal. II S. 1182 Anm. 5 u. 6; Gradenwitz a. a. O.; Binder a. a. O. S. 9 f.; Girard l. c. p. 693 n. 3.

Pomp. D. eod. 24 ¹⁾, Cels. D. eod. 26 ²⁾, Papin. D. eod. 28 ³⁾, Paul. D. eod. 29 ⁴⁾, Venul. D. eod. 31 pr. ⁵⁾, Venul. D. eod. 31, 1 ⁶⁾. Um so weniger ist Veranlassung, die Schlufssätze von Ulp. D. 46, 2, 2 und Ulp. D. eod. 6 pr. ⁷⁾ sowie die Wendungen „novandi causa“ und „novandi animo“ in den folgenden Fragmenten unbeanstandet zu lassen: sie stellen sich sämtlich gegenüber der gaianischen Darstellung als überflüssig und daher falsch heraus: und zwar gegenüber III, 176: in Gai. D. 14, 6, 13, Javol. D. 24, 3, 66, 2, Ulp. D. 42, 6, 1, 10 ⁸⁾, Paul. D. 46, 2, 22, Paul. D. eod. 30, Paul. ad Labeon. D. 46, 3, 91, Ulp. D. 46, 4, 13, 10; gegenüber III, 177: in Paul. D. 12, 6, 60, 1, Ulp. D. 23, 3, 35, Ulp. D. 46, 2, 9 pr. ⁹⁾, Ulp. D. eod. 14 pr., Ulp. D. eod. 14, 1; Venul. D. 46, 4, 21; gegenüber III, 176 und 177: in Nerat-Paul. D. 46, 2, 32.

Scheidet aber der animus novandi als Voraussetzung für die Novation aus, dann tut sich die Verwandtschaft zwischen Novation und Korrealität, die uns für das klassische Recht bezeugt ist ¹⁰⁾, deutlich kund. Korrealität und Novation erfordern

1) Merkel a. a. O. S. 13.

2) Gradenwitz a. a. O.; Lenel, Pal. I S. 131 Anm. 4.

3) Gradenwitz a. a. O.; Lenel, Pal. I S. 812 Anm. 3.

4) Gradenwitz a. a. O.; Lenel, Pal. I S. 1220 Anm. 2; schon Liebe a. a. O. S. 209 Anm. 4; Salpius a. a. O. S. 191.

5) Gradenwitz a. a. O.; Merkel a. a. O. S. 13; Binder a. a. O. S. 217.

6) Liebe a. a. O. S. 209 Anm. 4; Salpius a. a. O. S. 191; Windscheid-Kipp⁹ II S. 209 Anm. 5 a. E.; Lenel, Pal. II S. 1220 Anm. 3; Eisele, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 13 S. 132; Binder a. a. O. S. 216ff.; anders Huschke, Zur Pandektenkritik (1875) S. 11.

7) S. oben § 1 S. 8 Anm. 3.

8) Dazu u. § 5.

9) Hierzu siehe folgende Anm.

10) Was hätte sonst Ulpian „in duobus reis promittendi frustra timetur novatio“ (D. 45, 2, 3 pr.) für einen Sinn? Vgl. dazu sehr treffend Binder a. a. O. S. 15f. (auch o. S. 33 Anm. 6). Lenel, Pal. II S. 1183 Anm. 4 bemerkt dazu: „Similis quaestio oritur, si postea adpromissor adiciatur, cum expromissio isdem verbis fieri possit atque adpromissio“. Jedenfalls liefse sich dann auch diese Frage mit „frustra timetur“ beantworten: denn eine fideiussio konnte in einer Novationsformel überhaupt keinen Platz finden (s. o. § 1 S. 23 ff.); aber auch die Sponsionsbürgschaft war, als

beide in gleicher Weise Identität des Objektes¹⁾; sie unterscheiden sich in ihrer Begründung nur dadurch, daß die eine, wie heute ganz überwiegend angenommen wird²⁾, *unitas actus* der beiden Stipulationen, die andere ihrem Wesen nach im Gegenteil einen zeitlichen Zwischenraum zwischen beiden voraussetzt: sie ergänzen also einander, und *tertium non datur*³⁾. Das sagen übrigens die beiden Formeln selbst mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit: „*Sei, eadem quinque dari spondes?*“⁴⁾

sie nachträglich erfolgen konnte (s. u. § 5), von der Sponsionsnovation hinreichend zu unterscheiden (s. u. § 4 S. 77 ff.). Eine Behandlung dieser Frage erweisen aber die von Lenel angezogenen Ulp. D. 23, 3, 35 und Ulp. D. 46, 2, 9 pr. keinesfalls, da hier der Promittent der ersten und der der zweiten Stipulation *eadem persona* ist, der Fall also für die *adpromissio* gar nicht in Betracht kommt. — Übrigens ist die oben S. 34 behauptete Interpolation des offenbar angehängten „*novandi causa*“ in Ulp. D. 46, 2, 9 pr. besonders bemerkenswert. Diese Stelle so, wie sie jetzt dasteht, zu erklären, ist einfach unmöglich, was nichts besser beweist als der gekünstelte und mißglückte Versuch Salkowskis, Novation S. 214 ff.: das „*sine tutoris auctoritate*“ ist bei einer vom Tutor selbst zu leistenden Promission schlechthin unverständlich. Die Kompilatoren fügten diesen Passus aber ein, weil ihnen ohne ihn eine *Ratihabition* sinnlos erscheinen mußte, da sie das „*aliquid novi*“, das in ihr lag, nicht zu entdecken vermochten. Nun legten sie der *Ratihabition* die Bedeutung unter, daß durch sie erst die *cautio rem pupilli salvam fore* perfekt werde. Damit vertrug sich aber das „*tollitur tutelae actio*“ wieder nicht, und so bedurften sie zu dessen Erklärung des *animus novandi*. Rudorff, Recht der Vormundschaft III S. 148 läßt den *animus* zwar unbeanstandet, erklärt die Stelle aber im übrigen richtig.

1) Literatur und Quellen s. bei Binder a. a. O. S. 223 Anm. 41.

2) Vgl. vor allem Liebe a. a. O. S. 214 ff. und gut Haurion, Nouvelle revue historique t. 6 (1882) p. 228 et ss., ferner Mitteis a. a. O. S. 103 f. (in Anm. 118 Literatur), Unger a. a. O. Bd. 22 S. 280 (in Anm. 177 Literatur); anders noch Vangerow, Pandekten⁷ III S. 66 f., Windscheid-Kipp, Pandekten⁹ II S. 215 Anm. 3.

3) Vgl. dazu auch Binder a. a. O. S. 15 ff., besonders S. 19; freilich spricht er auf S. 15 noch von der Bedeutung der „Absicht der Parteien“. Auch Eisele, Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 77 S. 424 kann sich trotz einer im übrigen richtigen Abgrenzung von der Bedeutsamkeit des *animus novandi* noch nicht ganz losmachen. Venul. D. 45, 2, 12 pr. hat jedenfalls mit diesem *animus* gar nichts zu tun: vgl. dazu auch Eisele, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 13 S. 149, Binder a. a. O. S. 8.

4) Vgl. J. 3, 16 pr.

macht den Seius zum Correat; „Sei (id) ¹⁾“, quod Maeuius spondit, spondee?“ ²⁾ macht ihn zum Expromissor. Sachlich sind also beide Formeln völlig identisch; sie weichen in ihrem Bau nur darin von einander ab, daß, was im ersten Falle nur mit „idem“ ausgedrückt zu werden braucht, weil dieses „idem“ durch den soeben erfolgten Akt seinen Inhalt erhält, im zweiten Falle der Ergänzung „quod Maeuius spondit“ bedarf, weil infolge der Getrenntheit der Akte das „idem“ erst durch diese nähere Erläuterung verständlich wird.

Somit ergibt sich aus dieser Sachlage und ganz besonders aus dem sie unanfechtbar begründenden Anfangssatze von Gai. III, 176:

„Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem . . .“ ³⁾

nicht mehr und nicht weniger als: Jeder nachträgliche ⁴⁾ Beitritt eines Sponsors bewirkt Novation: zu einer Verpflichtung beider Sponsoren ist daher Gleichzeitigkeit der Spondierung unbedingte Voraussetzung. Eine nachträgliche Sponsion mit der Formel „Sei, idem dare spondee?“, an die Liebe seine Folgerung geknüpft ⁵⁾, ist juristisch ebenso wenig möglich wie technisch, da niemand wüßte, was mit dem „idem“ gemeint wäre. Eine

1) Das „id“ war hier, wie stets ein Demonstrativ vor dem Relativ, überflüssig und fehlt daher in den Quellen in der Regel (vgl. Merkel a. a. O. S. 18 Anm. 1).

2) Z. B. Gai. II, 38, III, 176; D. 46, 2, 8, 2; eod. 8, 4; eod. 8, 5 i. f.; eod. 24; eod. 26; eod. 32; eod. 34, 2; D. 45, 1, 75, 6.

3) Es ist sehr bezeichnend, daß Liebe a. a. O. S. 208 meint, „Gaius habe sich zu einer unnützen Distinktion verleiten lassen“, und „die eigentlich zweifelhafte Frage“, wann beim nachträglichen interventus novae personae Novation eintrete, sei „so gut wie gar nicht beantwortet“. Daß sie nämlich in diesem Falle immer eintrete, war ihm unmöglich anzunehmen.

4) Das ergibt sich aus „debeas“ und „posteriorem“: die Stelle ist auch immer so verstanden worden.

5) So auch Salpius a. a. O. S. 169 ff., der sich auf diese Weise den durch die Verwerfung des animus novandi gebahnten Weg zur richtigen Erkenntnis wieder verlegt.

Formel aber, wie sie Gide ¹⁾ als gaianisch hinstellt: „Quod Primus mihi debet, idem mihi dare spondesne?“ ist überhaupt nicht überliefert und wäre auch nicht geeignet, den erforderlichen Unterschied von der Novationsformel kenntlich zu machen ²⁾. Für eine nicht novierende nachträgliche Spondierung ist also überhaupt kein Raum, ob sie nun principaliter oder akzessorisch wirken soll.

Auch hätten wir Gaius zutrauen dürfen, daß er anderenfalls zwischen diesen beiden Arten der sponsio einen Unterschied gemacht hätte. Aber noch mehr: er sagt uns positiv, daß die Regel der unitas actus auch für den akzessorischen Sponsor gelte:

III, 177: „Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio vel dies aut sponsor ³⁾ adiciatur aut detrahatur“,

wozu wir, weil später ⁴⁾ von Wichtigkeit, III, 178 gleich anfügen:

„Sed quod de sponsore diximus, non constat. nam diversae scholae auctoribus placuit nihil ad novationem proficere sponsoris adiectionem aut detractorem“.

Gaius betont, daß bei Gleichheit der Person nur dann eine Novation eintrete, wenn zu der früheren Stipulation irgend etwas Neues hinzukäme ⁵⁾: dann aber — muß man ohne Frage schließen — tritt sie auch immer ein: und, als hätte er unsere Zweifel gekannt, führt er als Beispiel für das novum neben der condicio und dem dies den sponsor ⁶⁾ an ⁷⁾. Daraus folgt un-

1) l. c. p. 163.

2) Vgl. z. B. die Novationsformel in Gai. D. 46, 2, 34, 2.

3) Nach der Ausgabe von Seckel u. Kübler.

4) S. u. § 4 S. 85, § 5.

5) Anderenfalls war die zweite Stipulation ipso jure nichtig: so völlig konsequent Pompon. in D. 45, 1, 18 und D. eod. 25. Vgl. auch Salpius a. a. O. S. 176 ff., Mitteis a. a. O. S. 6 f., Merkel a. a. O. S. 27 ff.

6) Diese Zusammenstellung war wohl überhaupt beliebt: vgl. Paul. D. 44, 7, 44 pr.

7) Über einen anderen Zusammenhang zwischen Novation und Spon-

widerleglich: sollte noch nachträglich ein sponsor, d. h. hier ein Bürge, angenommen werden, so mußte auch der Hauptschuldner noch einmal spondieren, widrigenfalls seine Obligation noviert und der sponsor Alleinschuldner wurde ¹⁾). Damit ist das Erfordernis der unitas actus so auf die Spitze getrieben wie nur möglich: von einer nachträglichen Sponsionsverbürgung kann noch nach Gaius keine Rede sein ²⁾, und wenn sich auch allmählich eine Entwicklung in dieser Richtung anbahnte ³⁾, so darf es hiernach doch als schlechthin ausgeschlossen gelten, in der Nachträglichkeit gar das ursprüngliche oder entscheidende Unterscheidungsmerkmal gegenüber der Korrealität zu erblicken.

sionsverbürgung Bähr a. a. O. S. 34 Anm. 10 a. E., Gradenwitz, Ungültigkeit S. 271 f.

1) Insoweit daher die Darstellung Geibs a. a. O. S. 7 f., 45 Anm. 3, welcher im Anschluß an Liebe die Bürgschaftsobligation in keinem Falle als novierend gelten lassen will, sich auf das Sponsionsrecht bezieht, muß sie als irrig zurückgewiesen werden.

2) Es ist eigentümlich, daß Gai. III, 177 in dieser Beziehung noch kaum angemessen gewürdigt worden ist. Bekker, Proc. Cons. S. 189 f. hat allerdings bereits das zutreffende Ergebnis aus der Stelle abgeleitet, es aber verfehlt begründet (s. u. § 5). So hat er denn auch wenig Anklang gefunden. Stintzing, Krit. Zeitschr. f. d. gesamte Rechtsw. Bd. 3 S. 341 hat sich freilich sofort für seine Ansicht erklärt, Huschke dagegen nennt sie ein „völliges Mißverständnis“. Huschkes eigene Erklärung (Gaius S. 101 f.) der Stelle ist ebenso unmöglich wie seine „posterior stipulatio“, welche „centum dare cum sponsore spondesne?“ gelautet haben soll. Eine Widerlegung erübrigt sich, wie sie sich auch schon Salkowski, Novation S. 178 Anm. 58 erspart hat. — In der Sache selbst wohl richtig Sohm, Instit. S. 380 Anm. 3. — Neuerdings hat Girard die hohe Bedeutung von Gai. III, 177 für unsere Frage erkannt und daraufhin den zutreffenden Gedanken, den er in der 3. Auflage des Manuel (1901) p. 744 n. 3 nur erst hypothetisch auszusprechen wagte, jetzt in der 4. Aufl. (1906) p. 748 n. 4 (vgl. auch p. 695 n. 2) für „probable“ erklärt: das aber nur für die Zeit vor der lex Cicereia: und so soll denn nach Girard Gaius den Gewährsmann spielen für eine Ansicht, die verständigerweise schon Jahrhunderte vor ihm kein Mensch mehr gehabt haben kann? Sabinus und seine Schule sollen in jeder ungleichzeitigen Spondierung eine Novation gefunden haben, während schon die lex Cicereia eine nachträgliche Verbürgung als gang und gäbe vorausgesetzt hätte?

3) Darüber kann erst später gesprochen werden: s. u. § 5.

Weit schwieriger erhebt sich nun die Frage, deren Lösung sich Liebe so leicht gemacht: Wie unterscheidet sich Sponsor der Bürge von Sponsor dem Correat in der Begründung seiner Verpflichtung? Nicht in ihrer Form und nicht in der Zeit ihrer Vornahme kann die Abweichung liegen: das haben wir gesehen. Ein drittes Mittel aber, das einen Unterschied zum Ausdruck hätte bringen können, scheint uns nicht denkbar.

Muß denn aber überhaupt eine Differenz zwischen beiden Sponsionsgattungen bestanden haben? eine Differenz, die weder in materiell-rechtlichen Voraussetzungen sich geltend gemacht noch im Sprachgebrauch irgend einen Reflex gefunden hätte? sieht das den Römern ähnlich?

Diese Fragen können unmöglich so radikal bejaht werden, wie das bisher ziemlich allgemein üblich war: sie müssen vielmehr zu erheblichem Zweifel an den bisherigen Darstellungen des Sponsorenrechtes Anlaß geben. Uns führen sie zu folgender Vermutung, die dadurch eine besondere Stütze erhält, daß sie sich in die neuesten Erörterungen der Entwicklung der römischen Bürgschaft ¹⁾ gut einzugliedern scheint.

Ursprünglich führte zweifellos die unmittelbar auf die Frage an den ersten zu Verpflichtenden folgende Frage an den anderen „idem dari spondes?“ oder ²⁾ das gemeinschaftliche „spondetis?“ und das den Akt beschließende gemeinschaftliche „spondemus“ oder ³⁾ getrennte „spondeo“ ⁴⁾ dazu, auch den Zweitgefragten principaliter zu verpflichten: denn das ist, wenn man sich den Akt, so wie er uns überliefert ist, unbefangen vergegenwärtigt, das allein Natürliche: B hat dasselbe versprochen wie A: also muß er doch auch auf dasselbe haften, dieselbe rechtliche Stellung einnehmen wie A. Wenn zwei Personen gefragt werden

1) Karlowa, Röm. R.-G. II S. 730 ff., Pernice, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 19 S. 179 ff.

2) Merkel a. a. O. S. 15 vermutet als ursprünglichste Form das „spondetis? spondemus“. Das ist möglich, aber auch nur möglich.

3) So ist Ulp. D. 45, 2, 3 pr. zu verstehen: so Liebe a. a. O. S. 215 f., Salpius a. a. O. S. 169, Binder a. a. O. S. 9, 15 f.; anders Gidel l. c. p. 173, Eisele, Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 77 S. 425, wohl auch Lenel, Pal. II S. 1183 Anm. 5; vgl. ferner Pomp. D. eod. 4; J. 8, 16 pr.

und zwar um der Klarheit und „*interpositis rebus divinis*“¹⁾ auch um der Feierlichkeit willen jeder für sich gefragt werden, so muß einer der erste und einer der zweite sein: aber daraus darf man doch noch keine rechtlichen Verschiedenheiten folgern, wenn solche durch ein „*idem*“ mit oder ohne Wiederholung der Worte der ersten Frage ausdrücklich ausgeschlossen werden. So waren denn alle *sponsores* wirkliche *correi debendi*, gleichverpflichtete Hauptschuldner²⁾.

Indessen mochte es leicht geschehen, daß ein Geldbedürftiger nur dann von einem anderen ein Darlehen oder eine Stundung erhalten konnte, wenn ein auch dem Darleiher wohlbekannter und zuverlässiger Bürger für jenen eintrat und dessen Kreditwürdigkeit versicherte. Für eine solche Gewährleistung stand nun freilich kein Rechtsinstitut zur Verfügung, und es mußte auf anderem Wege geholfen werden. Und so halfen sich denn auch die Römer und zwar in einer Weise, wie sie dem alten Rechte so recht charakteristisch ist: nicht etwa so, daß der Gewährsmann sich dem Gläubiger lediglich moralisch ver-

1) Festus s. v. *spondere* (Bruns, fontes II S. 41).

2) Wie wir sehen, hat das schon Mommsen, *Römisches Staatsrecht* I S. 248 Anm. 2 erkannt, freilich ohne eine Begründung zu geben: er bemerkt, daß „das ältere Obligationenrecht wohl *plures rei debendi*, aber keine Bürgschaft in unserem Sinne, keinen Unterschied zwischen dem im eigenen und dem im fremden Interesse verpflichteten Schuldner kennt“. — Ihm und uns kommt im Ergebnisse Girard l. c. p. 748 n. 2 gleich, in dessen Ausführung vor allem der Hinweis auf eine ähnliche Erscheinung beim *praes* (vgl. *lex pariete faciundo Puteolana* col. 3 Ziff. 17, 18 im *Corp. inscr. lat.* Bd. X S. 218 Nr. 1781 [dazu die Anm. Mommsens] — Bruns, fontes I S. 332 Nr. 142 — Girard, *Textes* p. 727 [und dessen Vorbemerkung]) recht bemerkenswert scheint. Im übrigen ist seine Begründung in zwei Punkten etwas abwegig: a) es ist nicht richtig, daß die Form der Korrealstipulation vor der Novation schützte: es wird dieser vielmehr, wie dargelegt, durch die Gleichzeitigkeit der beiden Sponsionen vorgebeugt: nur insofern die Gleichzeitigkeit in dem zusatzlosen „*idem*“ ihren Ausdruck findet, ist es erlaubt, wenn auch nicht korrekt, der Form diese Wirkung zuzuschreiben. — b) die Verbürgungsformel hat sich auch nicht die Korrealitätsformel zum genauen Muster genommen, wie Girard meint („*a précisément été imaginée*“), sondern es ist zum Zwecke der Verbürgung die Korrealitätsformel selbst angewandt worden: es traten Korrealitätswirkungen ein; darüber s. weiter im Text.

antwortlich und schuldig gemacht hätte — das wäre der schroffen, auf die Sicherung der wirtschaftlich Starken gerichteten Kapitalsherrschaft des alten Rechtes ganz unangemessen gewesen ¹⁾: vielmehr verpflichtete sich der Gewährsmann ganz wie ein *Correus*, der er doch in Wirklichkeit gar nicht sein wollte oder sollte, *uno actu* mit dem Hauptschuldner und antwortete gleichfalls auf die Frage „*idem dari spondes?*“: „*spondeo*“. Und nun erst trat der eigentliche Charakter dieser Sponsion, ihr Unterschied von der des wirklichen *Correus* hervor: jetzt, nachdem der Gläubiger diese übertriebene und dem Sponsor höchst gefährliche Sicherheit erhalten hatte, war er moralisch verbunden, von seinem Rechte gegen den Sponsor bis auf weiteres keinen Gebrauch zu machen. Prinzipiell und streng rechtlich stand es ganz in seiner Wahl, *reus* oder *sponsor* zu belangen, die Sitte verwehrte es ihm aber: obwohl er in der Regel erwarten konnte, von dem Bürgen als einem wohlhabenden Manne leichter Zahlung zu erlangen, so sollte er doch, wie Pernice ²⁾ treffend sagt, „den innerlich akzessorischen Charakter der Sponsion achten“.

Die Denkform, unter der die Römer zu dieser Anschauung kamen, ist allerdings eigenartig genug: nicht der Sponsor durfte sich verletzt fühlen, wenn er zuerst verklagt wurde; es galt vielmehr, wie gleich ³⁾ darzulegen, als Ehrenpflicht des Hauptschuldners, es zur Inanspruchnahme des Sponsors gar nicht kommen zu lassen. Zeigte daher der Gläubiger durch Übergehung des Hauptschuldners, daß er diesen nicht für fähig halte, seiner Ehrenpflicht nachzukommen, so gefährdete er dessen Ehre und gesellschaftliches Ansehen. Damit aber zu spielen, mußte sich der Gläubiger wohl hüten, da er sonst seine eigene bürgerliche Position leicht erschüttern mochte. Nur so läßt es sich verstehen, wenn noch Cicero ⁴⁾ der Entschluß, sich an einen

1) Vgl. auch Haurion, *Nouvelle revue* t. 6 p. 227: „*les créanciers de Rome avides de sûretés plus que tous autres créanciers*“.

2) A. a. O. S. 179; vgl. ebenda S. 127 und *Labeo* II, 1 S. 38; entgegengesetzt und irrig Girtanner, *Bürgschaft* S. 90.

3) S. u. S. 48 f.

4) ad *Att.* 16, 15, 2; vgl. über die Stelle ausführlich Keller, *Litisk. u. Urteil* S. 463—479, Huschke, *Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft* Bd. 14 S. 42—70.

Sponsor zu wenden, sehr schwer fällt, da „sponsores appellare videtur habere quandam *δυσωρία*“, und noch Pseudo-Quintilian darauf Wert legt, hervorzuheben: „Non enim aliter salvo pudore ad sponsores venit creditor, quam si recipere a debitore non possit“¹⁾. Trat in dem Vorgehen des Gläubigers nun gar die Absicht den Reus zu kränken zutage, dann war sein Schicksal besiegelt: das *iniuriarum iudicium* machte ihn infam²⁾.

Diese Infamierung des Gläubigers, der ganz im Einklang mit der ihm kraft positiven Rechtes zustehenden Befugnis unter Übergehung des Hauptschuldners den Sponsor belangt, schließt die Kette der Analogieen, die zwischen dieser ältesten Verbürgung und der ältesten Verpfändung im römischen Rechte bestehen: es ist geradezu dieselbe Erscheinung, die sich das eine Mal im Gebiete des dinglichen, das andere Mal in dem des obligatorischen Rechtes abspielt. Dort wird Eigentum übertragen, ohne daß nach dem Wunsch der Parteien Eigentum übergehen soll, und nur die *fiducia* bringt diesen Wunsch schwach genug neben dem *ius strictum* zur Geltung. Hier wird abermals gegen die Intentionen der Parteien der Gewährsmann mit denselben Fesseln gebunden wie der Hauptschuldner selbst: und wenn es der Gläubiger nicht gar zu weit treibt, so ist es lediglich seinem Anstandsgefühl überlassen, ob er den Unterschied zwischen Reus und Sponsor anzuerkennen geneigt ist. Darin ist die Gleichheit,

1) Declam. 273. — Welche Zeit für die Entstehung dieser „größeren Deklamationen“ anzusetzen ist, steht noch nicht fest, doch fällt sie wohl in die erste Hälfte des 2. Jahrhunderts: vgl. darüber und über die Unechtheit Schanz, Geschichte der römischen Literatur II, 2 (1901) S. 359 ff.

2) Gai. D. 47, 10, 19: zwar spricht die Stelle von „fideiussores“, die auch noch von keiner Seite angetastet worden sind: vgl. z. B. Lenel, Pal. I S. 231. Aber die Echtheit dieses Wortes scheint noch eine offene Frage, da die Verhältnisse bei den Fidejussoren wohl doch etwas anders liegen. So ist die Stelle auch stets wenigstens für alle römischen Bürgen gleichmäßig benutzt worden (Sokolowski, Mandatsbürgschaft S. 91; Geib a. a. O. S. 32f.; Girard l. c. p. 752 n. 4; Pernice, Labo II, 1 S. 38; Cuq l. c. I² p. 252 n. 6), und Eisele, Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte (1896) S. 27 Anm. 5 sowie Pernice, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 19 S. 179 Anm. 4 verwerten sie sogar in einer lediglich die Sponsoren betreffenden Erörterung.

aber auch die Verschiedenheit beider Institute zum Ausdruck gekommen. Ist dort das dingliche Recht durch ein obligatorisches Recht ersetzt worden, so versagt hier das Recht überhaupt: und es ist sehr bezeichnend, daß das Sponsorenrecht nichts kennt, was dem in die Nunkupation aufgenommenen „*fidi fiduciae causa*“¹⁾ der Verpfändungsmanzipation entspräche: es gab wohl eine *lex mancipationi*, aber keine *lex sponsioni dicta*. Damit war aber der Klagbarkeit die zivilrechtliche Quelle entzogen.

Ebenso wenig hatte das Recht des Innenverhältnisses zwischen den beiden Sponsoren das im Formalakt nicht zum Ausdruck gekommene akzessorische Moment in sich aufgenommen. Auch hier wurde nur die soziale Gestaltung der Dinge dem wahren Sachverhalte gerecht. Die große Regel war die, daß der reiche vornehme Herr einem der von ihm wirtschaftlich abhängigen kleinen Leute, zumal wenn er seiner Familie, gens²⁾ oder Klientel³⁾ angehörte, beisprang, um ihn vor der *manus iniectio* und ihren Folgen zu retten. Da sprachen denn die Machtverhältnisse so kräftig, wie es dem Recht nur je möglich gewesen wäre, und ein Einschreiten des Rechtes erübrigte sich zunächst. Mußte doch der eigenste Selbsterhaltungstrieb den Schuldner dazu drängen, sich seinem Gönner nur in jeder Beziehung dankbar und gefügig zu erweisen, um sich dessen Wohlwollen, auf dem seine ganze öffentliche und privatrechtliche Selbständigkeit in letzter Linie ruhte, nicht zu verscherzen. So lag es in der Natur der Sache, daß er sein Streben vor allem darauf richten mußte, den Bürgen, der den Gläubiger befriedigt hatte, so schnell wie möglich schadlos zu halten, ja, es zu einer Zahlung des Sponsors gar nicht erst kommen zu lassen. Und was einst Übung gewesen, gebot alsbald die Sitte. Indem sie es, wie

1) *Formula Baetica* Z. 3 (Bruns a. a. O. I S. 294).

2) Siehe Dernburg, *Pfandrecht* I S. 5; Karlowa a. a. O. II S. 782; *Cuq* l. c. II p. 544; *Appleton*, *Zeitschr. d. Sav.-St.* Bd. 26 p. 41 *suiv.*

3) *Cuq* l. c.; *Geib* a. a. O. S. 56; vgl. auch *Padelletti*, *Röm. Rechtsgeschichte* S. 129 ff.; *Mommsen*, *Röm. Staatsrecht* III, 1 S. 82 ff.; *Karlowa* a. a. O. I S. 38 f. — *Ferner* s. u. § 8.

uns die noch von der *lex Julia municipalis* ¹⁾ statuierte Infamie erweist, für verwerflich erklärte, wenn der Hauptschuldner sein Unvermögen, das Ganze zu leisten, anzeigte und so das Zahlenmüssen auf den Bürgen abwälzte, nahm sie dessen Regrefsrecht in den Ehrenkodex auf. Im Rechte aber bestand ein solches nicht ²⁾: so wenig, wie es sich später unter den *Correi* entwickelt hat ³⁾. Das Zivilrecht besaß eben kein Organ, kraft dessen es den Qualitätsunterschied zwischen den beiden Sponsoren hätte wahrnehmen können.

Demnach gab es anfänglich eine eigentliche, von Rechts wegen zu berücksichtigende akzessorische Sponsion überhaupt nicht: auch sie war eine prinzipale und unterschied sich in keiner Beziehung von der Korrealsponsion. Lediglich das gesellschaftliche Feingefühl und in noch höherem Grade die Rücksichten, welche gerade die vornehmen Geschlechter, denen Creditor und Sponsor in der Regel entstammten, gegen einander sicherlich zu üben pflegten, gewährten dem Sponsor den Schutz, der ihm gerechterweise zukam, und wirkten ihm allmählich auch positive Milderungen seiner Haftpflicht aus, welche so sehr in das allgemeine Empfinden übergingen, daß sie sich teils selbständig zu wirklichem Rechte verdichteten d. h. in der Folge wenigstens als solches gewürdigt wurden, teils die Grundlage boten, auf der wahre Gesetze zustande kommen konnten ⁴⁾.

1) Z. 114, 115: *Bruns a. a. O. I S. 111.*

2) Vgl. auch *Cuq l. c. I* ¹ p. 703, *I* ² p. 253, *II* p. 545, 548; *Appleton, Ztschr. d. Sav.-St. Bd. 26 p. 86 n. 1*, der wohl aber aus dem „*sponsori-bus creditoribusve sueis*“ der *lex Julia cit.* zu viel herausliest, wenn er daraus folgert, daß die Sponsoren zu der Zeit, aus der diese Regel stamme, noch nicht als Gläubiger aufgefaßt worden seien; sprechen doch auch *Gaius*, die *Digesten* und wir selbst nicht nur dann von einem „Bürgen“, wenn wir ihn im Verhältnis zum Gläubiger betrachten, sondern auch dann, wenn wir seine Beziehung zum Hauptschuldner im Auge haben.

3) Darüber s. u. § 9.

4) Diese Entwicklung scheint uns römischen Charakter zu tragen. Völlig unrömisch sieht dagegen die Denkform aus, die *Affolter, Institutionen I S. 196* zugrunde legt: „damit die Einheit der Obligation nicht gestört und ja der Schein unterdrückt werde, als handle es sich um die Begründung einer besonderen Obligation des Bürgen, trachtete die alte

§ 3.

Die Unvererblichkeit der Sponsio.

Zu den Haftungsmodifikationen der ersteren Art ¹⁾ gehört die Unvererblichkeit der Sponsio, diese „eigentümliche Erscheinung“, die seit der Entdeckung des Gaius ²⁾ und insbesondere seit Girtanner ³⁾ soviel Kopfzerbrechen verursacht und zu so vielen verfehlten Hypothesen Anlaß gegeben hat.

Jurisprudenz danach, die Bürgschaftsobligation nach ihrer Errichtungsform und nach ihrem Inhalte mit der Hauptobligation in Übereinstimmung zu bringen.“ Damit macht Affolter den Römern aus der Not eine Tugend. — Diametral entgegengesetzt der hier vorgetragenen Entwicklung behauptet Geib a. a. O. S. 8 f., daß „die Stellung des Bürgen im alten römischen Recht ... von derjenigen des Hauptschuldners so sehr verschieden ist, daß vielmehr gefragt werden muß, ob denn von Haus aus der Bürge überhaupt zu irgend einer Leistung verpflichtet war“. Zum Beweise dessen führt er unmittelbar überhaupt nichts an. Doch scheint er sich zu diesem Zwecke S. 9 Anm. 2 auf einige Schriftsteller zu berufen, welche den Fall behandeln, daß der geschuldete Gegenstand von dem fidejussor zerstört wird. Allein einmal geben die für diese Frage in Betracht kommenden Stellen über die vor Neratius liegende Zeit, auf die es hier allein ankäme, überhaupt keinen Aufschluß. Ferner aber unterliegt es — trotz der im übrigen so mannigfachen Meinungsverschiedenheit — keinem Zweifel, daß Nerat-Jul.-Papin. D. 4, 3, 19, welche gerade die „eigene persönliche Obligation“ des Bürgen gänzlich verneint, das verhältnismäßig älteste Recht zur Darstellung bringt, wobei es dahingestellt bleiben kann, ob sie von Papinian, wie wir glauben, auf Fidejussoren (so auch Savigny, System V S. 615; Bekker, Proc. Cons. S. 202; Dernburg, Pandekten II S. 224 Anm. 4; Lenel, Pal. I S. 880; Girard l. c. p. 762 n. 8; Cuq l. c. II p. 547 n. 4; Bremer, Jurispr. antehadr. II, 2 S. 305; ebenso offenbar Huschke, Zur Pandektenkritik S. 85) oder auf Sponsoren und Fidepromissoren (so Huschke, Gaius S. 80 f.; Stintzing a. a. O. Bd. 3 S. 342 ff.; Bekker, Aktionen II S. 306 ff.; Pernice, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 19 S. 179 Anm. 5) bezogen worden ist.

1) Daß uns ein ausdrückliches Gesetz nicht bloß vorenthalten ist, darf man als sicher annehmen: vgl. auch Chr. Appleton, Revue de législation (1876) p. 548, 565, Karlowa a. a. O. II S. 730 f.

2) III 120, IV 118.

3) der sich Bürgschaft (1850) S. 7 noch darüber beklagt, daß man sich mit dieser Frage gar nicht beschäftige; dieser Mahnung sind auch Bekker, Proc. Cons. (1853), Huschke, Gaius (1855), Stintzing,

Wenn man die unmögliche und allgemein abgewiesene ¹⁾ Ansicht Puchtas ²⁾, der die Unvererblichkeit aus dem Mandat des Hauptschuldners folgert, übergeht, so muß man hier zwei Gruppen von Theorien unterscheiden, die sich prinzipiell gegenüberstehen und die deshalb zu beleuchten sind, weil diese grundsätzliche Verschiedenheit noch nicht ins rechte Licht gerückt worden ist. Zudem geben die zu diesem Punkte zu machenden Darlegungen vielfach die Grundlage für die Auffassung des Aufkommens der fideiussio ³⁾.

Die herrschende Meinung glaubt einen Grund für die Unvererblichkeit in irgend einem Moment finden zu sollen, in welchem sich die Sponsio von der Fideiussio abhebt: sie erkennt die Vererblichkeit als ebenso im Wesen dieses Institutes liegend wie die Unvererblichkeit als im Wesen jenes Institutes begründet an: das Unterscheidungsmerkmal ist demnach ein dogmatisches. Im (freilich unbewußten) Gegensatz dazu stehen andere Schriftsteller, die einem jeden Geschäfte, das eine Verbürgung zu seinem Gegenstande hat, überhaupt eine Neigung zur Unvererblichkeit zuschreiben. Da wir selbst dieser Ansicht sind, so werden wir ausführlicher auf sie zurückzukommen, zunächst aber die einzelnen gegnerischen Erwägungen kurz zu betrachten haben.

Vollständig abzulehnen ist vorerst der Versuch Appletons ⁴⁾, die Frage aus der akzessorischen Natur der Sponsio zu erklären. Denn einmal ist es falsch, wenn die Sponsio, weil akzessorisch, als „en quelque sorte conditionelle subordonnée à la non-exécution

Kritische Zeitschr. Bd. 3 (1856) alsbald gefolgt; vgl. danach Girtanner, Stipulation (1859) S. 275 Anm. 225.

1) Vgl. Girtanner, Bürgschaft S. 8f., Bekker, Proc. Cons. S. 187, Appleton l. c. p. 552 n. 1.

2) Institutionen II S. 322.

3) Davon u. § 7.

4) l. c. p. 551 sq.; sehr richtig sind hingegen seine Argumente für die Unvererblichkeit der Bürgschaft überhaupt (p. 548 sqq., s. jetzt auch Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 p. 22 n. 4); da er aber durch seine Gegenüberstellung gegenüber der fideiussio zeigt, daß es ihm in erster Linie auf das akzessorische Moment ankommt (s. besonders p. 565), so war er hier und nicht in der zweiten Gruppe anzuführen.

de l'obligation principale“ bezeichnet wird: denn der Gläubiger ist rechtlich gar nicht verpflichtet, den solventen Hauptschuldner zu belangen; die Exekution gegen ihn aber zuerst zu versuchen, ist er ja unter der Herrschaft der konsumierenden *litis contestatio* gar nicht einmal fähig. Gesetzt aber die Sponsio wäre bedingt: haben die Römer bezüglich der Vererblichkeit je zwischen einer bedingten und einer unbedingten Schuld einen Unterschied gemacht? ¹⁾ schwer wäre es auch, dafür eine *ratio* zu finden. Und weiter: woher erklärt sich dann die Vererblichkeit der *fideiussio*? Diesen Einwand macht sich Appleton ²⁾ selbst; aber er besitzt den Mut zu behaupten, daß die *fideiussio* eben gar nicht akzessorisch sei. Die deutliche Sprache der gesamten Quellen, des den einschlägigen Digestentitel einleitenden Ulpianfragmentes (D. 46, 1, 1), der *gajanischen Institutionen* ³⁾ genügt ihm nicht; vielmehr fragt er im Hinblick auf das *iubere* der Formel emphatisch: „Est-il possible de trouver quelque chose de plus énergique et de plus impératif?“ „La *fidéjussion*“ fährt er fort „n'est pas autre chose, qu'un ordre donné au créancier d'accepter l'engagement du débiteur, ordre qui met dès à présent les risques de l'opération à la charge de celui qui l'a commandée“.

Danach würde sich nun freilich die Fidejubierung von dem Kreditmandat wenig mehr unterscheiden, insbesondere müßte sie der Eingehung der Hauptschuld vorangehen. Und Appleton scheut auch vor dieser Konsequenz nicht zurück, sondern erklärt sie als gerade im Wesen der *fideiussio* begründet, indem er auf Ulp. D. 46, 1, 6, 2 verweist: „Adhiberi autem *fideiussor* tam *futurae* quam *praecedenti obligationi* potest“. Nun hat er gewonnenes Spiel: eine akzessorische Obligation könne ihrem Wesen nach der Hauptschuld nicht vorausgehen, folglich sei die *fideiussio* eben nicht akzessorisch, sondern prinzipal; folglich vererbe sie sich auch. Ganz in derselben

1) So auch Windscheid-Kipp, Pandekten^o I S. 465 Anm. 6 a. E.

2) l. c. p. 565 sqq.; daß er seine Ausführungen auch heute noch aufrecht erhält, ergibt sich aus der Bemerkung in Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 p. 40 n. 1.

3) III, 126.

Weise habe auch Ulpian in D. 46, 1, 4, 1 die Vererblichkeit erklärt: „Fideiussor et ipse obligatur et heredem obligatum relinquit, cum rei locum optineat“¹⁾. Allerdings macht er sich den Einwurf, daß die fideiussio auch nachfolgen könne. Statt aber im Hinblick auf D. 46, 1, 6, 2, wo Vorangehen und Nachfolge der Fidejussion als ganz gleich möglich hingestellt werden, nunmehr die ganze vorangegangene Beweisführung in Frage zu stellen, erklärt er die Möglichkeit des Nachfolgens schlechtweg für abnorm. Das sei auch die Ansicht der Römer, welche durch den Mund Ulpians in D. 46, 1, 6 pr. also sprächen: „²⁾Stipulatus sum a reo nec accepi fideiussorem: postea volo adicere fideiussorem: si adiecero, fideiussor obligatur“. „Quelle naïveté, s'il n'y avait pas une raison de douter!“ bemerkt er dazu.

Nichts zeigt die völlige Befangenheit Appletons in seinen Ideen so deutlich wie dieses Schlufsargument. Hätte Ulpian irgendwie einen Zweifel gehegt, so wäre er sicher ausgesprochen worden: denn das kann man den klassischen Juristen sicherlich nicht zum Vorwurf machen, daß sie leichtsinnig zweifelhafte Behauptungen als unanfechtbar hingestellt hätten. Zudem: wenn man selbst aus D. cit. 6 pr. schließen wollte, daß etwas Selbstverständliches nicht derart hervorgehoben werden könnte, so kann man das damit erklären, daß man davor als Gegensatz eine Erörterung über Sponsoren und Fidepromissores denkt, bei denen die Antwort keineswegs so über allen Zweifel erhaben war: eine Erörterung, wie sie Appleton selbst als den § 2 einleitend wegen des „autem“ für wahrscheinlich hält³⁾. Die Regel des Vorangehens der fideiussio aber aus dem pr. zu entnehmen, ist doch allzu gewagt: eine Regel, die völlig unberechtigtweise auf D. 46, 1, 6, 2 gestützt wird, die im übrigen nicht den geringsten Beleg findet und die mit den Gebräuchen des Verkehrs im Widerspruch steht. Die Regel wird aber auch positiv widerlegt: denn was D. 46, 1, 6 pr. zu folgern nicht ge-

1) Über die Bedeutung dieser Worte s. u. § 7.

2) Appleton l. c. p. 569 hat „Si stipulatus“: das „si“ entspricht aber nicht der Überlieferung.

3) S. u. § 5.

stattet, das läßt sich für das Gegenteil aus D. 5, 1, 35 ableiten. Wenn Javolen hier sagt: „neminem puto dubitaturum, quin fideiussor ante obligationem rei accipi possit“, so liegt hier allerdings unabweislich der Gedanke zugrunde, daß das Vorausgehen der fideiussio das Regelmäßige nicht sein kann, und nur eine Bestätigung dessen ist es, wenn in D. 15, 1, 50 pr. i. f. Papinian zum Erweise, daß der „fideiussor futurae quoque actionis accipi possit“, Julian als Gewährsmann in Anspruch nimmt ¹⁾. Schließlich freilich weist Appleton noch auf das Jussum hin, das seiner Natur nach der Kontrahierung der Hauptschuld vorangehen mußte. Indessen kann auch diesem Argumente keine beweisende Kraft zugestanden werden, da die fideiussio von ihrer Entstehung an in ihrer speziellen Ausgestaltung in mannigfachen Beziehungen von dem Jussum abwich, als sie ihm ähnelte ²⁾, und zudem die nachträgliche rati-habitio, wie er selbst hervorhebt, gleichfalls zu einer actio quod iussu führte (Ulp. D. 15, 4, 1, 6).

Aber auch Pernice ³⁾ wird nicht leicht jemand folgen können ⁴⁾: er sieht in der mangelnden Vererblichkeit „altüberliefertes Recht, nicht neue Satzung“, weil er darin eine Eigenheit aller sakraler Institute erkennt. Aber auch wenn die Sponsio sakralen Ursprungs ist ⁵⁾, so ist sie das nicht speziell als Verbürgungsart, sondern vielmehr, wie Pernice selbst sagt, als Vertragsform. „Die Form des Vertrages aber ist überall die

1) Einzig und allein Geib a. a. O. S. 42 f. hat sich, soweit wir sehen, durch Appletons Argumente überzeugen und zu der Anschauung verleiten lassen, daß „die fideiussio ursprünglich der Hauptobligation vorhergehen mußte“. Für die klassische Zeit will er das allerdings nicht mehr gelten lassen: und doch bestehen die sämtlichen Quellenbelege Appletons in Aussprüchen des Spätclassikers Ulpian.

2) S. u. § 7.

3) Sitzungsberichte (1886) S. 1191, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 19 S. 179.

4) Wie er freilich auch Sohm, Institutionen S. 380 Anm. 3.

5) Das scheint sicher. Näheres gehört nicht hierher: vgl. darüber Pernice, Sitzungsberichte (1885) S. 1159 f., Mommsen, Staatsrecht ¹ I S. 249 f., Girtanner, Stipulation S. 1 ff., namentlich S. 93 ff., Sohm a. a. O. S. 380 Anm. 3, Girard l. c. p. 484 sqq., wo auch die Literatur angegeben ist; dagegen Karlowa a. a. O. II S. 699 ff.

Levy, Sponsio.

gleiche: der Austausch einer Frage des Gläubigers und einer entsprechenden Antwort des Verpflichteten¹⁾: daher ist ganz abgesehen von unserer Ansicht auch für Pernice der Akt ganz ebenso sakral, ob die Sponsio nun einer Korrealverpflichtung oder einer Verbürgung dient: wie soll also die Sakralnatur im letzteren Falle eine Unvererblichkeit hervorgerufen haben, im ersteren Falle aber nicht?²⁾ Man sieht: es muß jede Ansicht, welche prinzipale und akzessorische Sponsio als zivilrechtlich unterschiedene Institutionen ansieht und sie als solche zugrunde legt, an der Unmöglichkeit einer solchen Unterscheidung scheitern.

Vorsichtiger ist bereits Girtanner gewesen, der³⁾ gleichfalls auf die sakrale Natur der sponsio hinweist, aber zu diesem Grunde den anderen fügt, daß „das Verhältnis der Intercession ... eine besondere Begünstigung des in diesem Verhältnisse Stehenden rechtfertigt“, wobei er aber nur beide Momente zusammen für ausreichend hält, die Unvererblichkeit zu erklären. Es liegt dabei der Gedanke nahe, dem Bekker Ausdruck verliehen hat: sponsio und fidepromissio sollen den Bürgen nicht ärmer machen⁴⁾. Aber das ist ebenso an sich falsch, da der Sponsor doch tatsächlich, wenn der Gläubiger sich an ihn hält, ärmer wird, wie in der ratio nur dann verständlich, wenn es auch für die fideiussio Geltung hätte: ein Ergebnis, dem Bekker denn auch nicht überzeugend entgegenzutreten vermag⁵⁾.

Eine andere Spielart nur ist die Fassung, für die Huschke⁶⁾ die Formel gefunden hat: die sponsio und die fidepromissio sind persönliche Bürgschaften, die fideiussio ist eine sächliche Bürgschaft. Indessen ist diese Formulierung irreführend, insofern sie zu der

1) Sitzungsberichte (1885) S. 1160.

2) Auf ganz ähnlicher Grundlage bereits Girtanner, Stipulation, S. 79 f. in seiner Polemik gegen Danz.

3) wenigstens noch in der Bürgschaft S. 10 ff.; vgl. dazu Girtanner: Stipulation S. 228 Anm. 190.

4) Proc. Cons. S. 187.

5) Gegen seinen Versuch (S. 205) mit Recht Girtanner, Stipulation S. 275 Anm. 226.

6) Gaius S. 71 ff., ähnlich schon Zeitschr. f. geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 331.

Vermutung leitet, daß der Sponsor weniger mit seinem Vermögen hafte als der Fidejussor. Insofern sie aber besagt, daß der Sponsor „nur auf Grund des fremden Schuldinteresses seine Person zu demselben, was der Hauptschuldner versprochen hat, verbindlich macht“, der Fidejussor „dagegen die fremde Verbindlichkeit auch objektiv auf sich und sein Vermögen übernimmt“, so glauben wir, daß eine solche Unterscheidung keinem Römer eingeleuchtet hätte. Man stelle sich doch einmal einen Bürgen vor, der sich überlegt, ob er „nur persönlich unter denselben Obligationsgrund treten“ oder „auch das sächliche obligatorische Interesse als zugleich bei sich eingetreten ansehen wolle“.

Im Ergebnis stimmt der Ausführung Huschkes auch Stintzing ¹⁾ zu, wenngleich er „die persönliche Natur der Sponsio in solcher Schärfe als Prinzip nicht aufzustellen wagt“. Den Hauptgrund sieht er darin, daß das Moment, das die Sponsionsbürgschaft mit der Hauptschuld verbindet, der Obligationsgrund, die verpflichtende persönliche Handlung ist und nicht nur, wie bei der Fidejussio, der Inhalt. Aber, die Richtigkeit dieser Gegenüberstellung selbst zugegeben, auch hier kann ein solcher Gesichtspunkt doch schwerlich dawider aufkommen, daß der Sponsor, wenn er belangt wird, genau ebenso mit seinem Vermögen einzustehen hat wie der Fidejussor und wie der Hauptschuldner.

Aus dieser Sphäre ist die Ansicht von Girtanner in einer zweiten Schrift ²⁾ weitergeführt worden. Und was die Sponsion anlangt, so kommt er dem, was wir für das Richtige halten, bereits recht nahe. Er hat es zwar nicht klar ausgesprochen, doch leidet es keinen Zweifel, daß er an das Moment der Gegenleistung, die dem Hauptschuldner zukommt, dem Bürgen aber versagt bleibt, gedacht und hieran das Unterscheidungsmerkmal zwischen dem prinzipalen und dem akzessorischen Sponsor geknüpft hat: durch die Spondierung der letzteren Art ist „in dem Vermögen des Erblassers nichts geändert, ihm nichts anvertraut“ ³⁾. Leider aber sieht er das nicht als im Wesen einer jeden Bürgschaft gelegen an, sondern glaubt für die fideiussio

1) A. a. O. Bd. 3 S. 336 ff.

2) Stipulation S. 274 ff.

3) S. 281.

einen dogmatischen Gegensatz finden zu müssen: so nähert er sich denn der Huschkeschen Unterscheidung, wenn er sagt ¹⁾: bei der fideiussio wird „eine allerdings schon als Objekt einer anderen (fremden) Schuld existierende Leistung als solche, als Schuldobjekt — aber in ihrem ganzen Dasein (fide sua esse jussit) auf die fides des Bürgen gestellt: — — es ist ein neues selbständiges Dasein in der Person des fideiussor“. — Ziemlich in gleicher Weise sieht Karlowa ²⁾ ganz richtig den Grund des Erlöschens der Obligation darin, daß „kein besonderes kausales Moment für die akzessorische Verpflichtung des Bürgen dem Gläubiger gegenüber vorliegt, sondern nur sein dem Gläubiger in rechtsverbindlicher Form gegebenes Wort“ ³⁾; aber auch er begeht den Fehler, diesen Satz für den Fidejussor nicht gelten zu lassen, für ihn vielmehr das Vorliegen eines solchen kausalen Momentes anzunehmen ⁴⁾.

Die Unvererblichkeit als eine Eigentümlichkeit der Bürgschaft überhaupt betonen dagegen mit Recht Kohler ⁵⁾, Esmein ⁶⁾, Cuq ⁷⁾ und Girard ⁸⁾, indem sie dieselbe als eine bei den verschiedensten Völkern ⁹⁾ im Anfange ihrer Rechtsentwicklung zu beobachtende Erscheinung in Anspruch nehmen und das nicht

1) S. 287.

2) A. a. O. II S. 731f.

3) Teils ihm teils an Bekker a. a. O. schließt sich Affolter a. a. O. I S. 197 an.

4) Das muß a contrario gefolgert werden. Ausdrücklich spricht Karlowa zwar nur von dem Schwinden der engeren persönlichen Bande zwischen Creditor und Bürgen, dessen Vermögenslage nunmehr das Vertrauen des Gläubigers zu begründen gehabt hätte: der fideiussor „übernimmt die Haftung für die Realisierung der Hauptschuld auf sein Vermögen“: und das täte der Sponsor nicht?

5) Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 23 S. 21; Zeitschr. f. d. vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 3 S. 183.

6) Études sur les contrats dans le très-ancien droit français p. 89sq.; vgl. auch ebenda p. 131sq.

7) L. c. I¹ p. 703; vgl. auch 2. Aufl. p. 252, 249.

8) L. c. p. 749.

9) Nicht bei allen: auch Gaius III, 120 weist auf die Möglichkeit hin, daß „alio iure civitas utatur“.

nur durch Quellenbelege ¹⁾, sondern auch innerlich zu begründen suchen. Esmein insbesondere sagt trefflich: „Sans doute partout chez ces peuples divers le cautionnement était considéré comme un bon office, justifié par des liens de confiance entre la caution et le débiteur, qui de leur nature sont intransmissibles: le côté moral l'avait emporté sur le côté pécuniaire“. Auf Grund dieser Tatsachen und dieser Ratio schon muß uns die Unvererblichkeit der römischen Sponsio und Fidepromissio als Verbürgungsformen überhaupt nicht als etwas Außerordentliches, sondern als das Naturgemäße, zu Erwartende erscheinen, und auch Gaius hat in III, 120 ganz in diesem Sinne empfunden ²⁾, indem er die Vererblichkeit nur als möglicherweise anderwärts üblich hinstellt. — Aber noch eine besondere, gerade römische Eigenheit drängt auf diese Auffassung hin.

Das ältere römische Recht hatte überhaupt keine große Neigung, die Vererblichkeit der Aktionen in weitem Umfange anzuerkennen. Die „certissima iuris regula“, nach welcher Strafklagen nicht gegen den Erben zustehen ³⁾, ist zweifellos so alt wie das römische Recht, und nie hat sie ihre Geltung eingebüßt. In älterer Zeit, in der die Ersatzklagen der klassischen Periode noch zum großen Teile Strafklagen waren und diese somit bedeutend überwogen ⁴⁾, bildete daher die Vererblichkeit gar nicht die Regel. Immerhin handelt es sich in

1) Noch heute wirkt diese Anschauung in Österreich nach, dessen Bürgerl. Gesetzb. im § 1367 bestimmt: „Ist der Bürgschaftsvertrag weder durch eine Hypothek noch durch ein Faustpfand befestigt, so erlischt er binnen drei Jahren nach dem Tode des Bürgen, wenn der Gläubiger in der Zwischenzeit unterlassen hat, von dem Erben die verfallene Schuld gerichtlich oder außergerichtlich einzumahnen“.

2) Darauf hat Girtanner, Stipulation S. 275 f. bereits treffend hingewiesen.

3) Statt aller Gai. IV, 112.

4) Dafs die Geschichte vieler Ersatzklagen in dieser Richtung sich bewegt, wird ziemlich allgemein schon vertreten: vgl. Dernburg, Theorie und Geschichte der Kompensation² S. 47 ff.; Jhering, Schuldmoment im röm. Recht S. 27 ff.; v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung S. 150 ff. Ausführlicher darüber zu handeln, müssen wir uns im Rahmen dieser Arbeit noch versagen.

den Fällen der Verbürgung um solche Ansprüche, die nicht nur zu Gaius' ¹⁾ Zeiten, sondern auch schon damals, als die Sponsio zuerst als Verbürgungsform in Anwendung kam, als aus diesem Vertrag entspringend und folgeweise auf Erfüllung bzw. Ersatz gerichtet angesehen wurden, so daß gerade jener Grundsatz hier versagt ²⁾. Aber seine Handhabung führt auf eine Ratio, die auch auf unsere Frage ein Licht zu werfen geeignet scheint.

Soweit freilich die Strafklage lediglich auf eine Bestrafung des mit ihr Belangten hinzielt, greift der Gedanke ein, daß nur der Schuldige, nicht aber andere, also auch nicht seine Erben der Strafe unterliegen können ³⁾: in diesem Sinne hat unser Thema nichts damit zu tun. Insoweit hingegen die Strafklagen gleichzeitig eine Ersatzfunktion ausübten — und das traf in der Regel ⁴⁾ zu, sofern dem Verletzten ein substantzierbarer Schade erwachsen war —, konnte jene Ratio nicht befriedigen. Zwar sahen die Römer bis in die klassische Zeit über diese Ersatzfunktion ganz hinweg: der Geschädigte erhielt eben seine Strafgebühr und, wieweit er sie als Ersatz ansah oder als Sühnegeld, das brauchte das Recht nicht zu kümmern. Erst Labeo scheint das Ersatzmoment erkannt zu haben; er ist jedenfalls der erste, von dem wir es nachweisen können: aus diesem Gedanken zog er aber nun nicht etwa die Konsequenz, daß die Klage, soweit sie dem Ersatze diene, vererblich und im übrigen unvererblich sei ⁵⁾. Denn die

1) der dies in IV, 113 gerade anlässlich der Vererblichkeitsfrage hervorhebt.

2) In diesem Rahmen des Kontraktsystems erscheint daher der Nichtübergang der Sponsio auf die Erben im Gegensatz zu dem vorherigen Ergebnis als eine Ausnahme. Auch dieser Auffassung trägt Gaius Rechnung, indem er im Gegensatz zu III, 120 (s. o. S. 53 bei Anm. 2) in IV, 113 den Ausnahmecharakter dieser Bestimmung deutlich durchscheinen läßt.

3) Vgl. z. B. Paul. D. 48, 19, 20.

4) Eine bekannte Ausnahme bildet die actio furti, sobald sie von dem Eigentümer geltend gemacht wird.

5) In diesem Sinne ist es richtig, wenn Bekker, Aktionen I S. 175 Anm. 21 sagt: „Feststeht, daß, wenn „poena“ und Schadensersatz einander gegenübergestellt werden, der Unterschied für den Klagübergang wider Erben nach römischem Rechte ohne praktische Bedeutung ist“.

Unnatur einer *actio mixta* gab es nicht und konnte es nicht geben ¹⁾. Vielmehr regte er an, die Klage gegen den Erben nur in Höhe der Bereicherung desselben zu gewähren. Das tritt in Paul. D. 39, 4, 4, pr. klar zutage und wird durch Ulp. D. 15, 1, 3, 12 ²⁾ bestätigt. Nicht Sabinus, sondern Labeo hat also diese Denkform geschaffen ³⁾: das „*calculi ratione potius quam maleficii heredem conveniri*“ des Sabinus ⁴⁾ findet in dem „*iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impune*“ des Labeo seine Quelle. Labeos Initiative hätte aber schwerlich so epochemachend gewirkt und sein Satz kaum so

1) Auch darauf kann hier nicht eingegangen werden.

2) Zwar handelt diese Stelle nicht vom Verhältnis zwischen Erblasser und Erben und auch von keiner Strafklage. Aber es wird hier die nach dem Edikt, welches ein „*negotium*“ voraussetzt (D. eod. 1, 2), nicht zulässige *actio de peculio* trotzdem in Höhe der Bereicherung gegeben: das weist auf genau den gleichen Gedankengang hin. Ob dieser nicht ursprünglich noch irgendwie deutlicher zum Ausdruck gekommen ist, ist die Frage. Dafs die Stelle unter der Hand Tribonians nicht ganz heil geblieben ist, ergibt sich wohl daraus, dafs im ersten Satze nur vom *filius familias* die Rede ist, im zweiten sich bereits ein „*vel in dominum*“ eingeschlichen hat und im folgenden nur noch der „*servus*“ den Gegenstand der Erörterung bildet, während der Hinweis am Schlusse sich wieder auf den *filius familias* zu beziehen scheint. Vgl. die Bemerkung von Gradenwitz, Königsberger Festgabe für Schirmer S. 165 Anm. 1.

3) Irrig daher Pernice, Labeo II, 1 S. 201 Anm. 3, obwohl er ebenda II, 2 S. 56 Anm. 2 die D. 39, 4, 4 pr. wörtlich anführt und bereits vorher I S. 133 die Nennung Labeos in D. 15, 1, 3, 12 richtig gewürdigt hatte. Lab.-Ulp. D. 4, 3, 13, 1 läfst sich in keiner Weise gegen Labeos maßgebenden Einflufs in unserer Frage verwenden, nachdem Pernice selbst den entscheidenden Satz „*nisi forte nomine hereditario conveniatur*“ in Zweifel gezogen hat. Dessen Einschlebung erscheint uns völlig sicher: vgl. auch Bremer, *Jurispr. anteh.* II, 1 S. 108. — Um so weniger wird man diese Bereicherungsklage mit Lenel (Edikt 1. Aufl. S. 899 Anm. 1; 2. Aufl. II p. 246 n. 4), dem sich Girard (*Nouvelle revue historique* Bd. 21 p. 267 n. 2 i. f.; *Manuel* p. 397 n. 3) anschlieft, gar erst auf Cassius zurückführen dürfen. Die hierfür zitierte Belegstelle Venul. D. 42, 8, 11 bezieht sich, wenn man sie ungetrungen liest, nur auf die Bereicherungsklage im Falle des *interdictum fraudulentum*, wogegen das „*praetor putavit*“ in Ulp. D. eod. 10, 24 nicht das mindeste beweist.

4) Sab.-Paul. D. 4, 3, 29.

allgemeine Verbreitung gewonnen ¹⁾, wenn er nicht römischer Anschauung so ganz entsprochen hätte.

Um was der Erbe reicher geworden war, das sollte er selbst dann herausgeben, wenn seine Haftung dem *jus civile* widersprach. Darin zeigt sich so recht, wie man die Frage der Vererbung mit der der Bereicherung des Nachlasses verknüpfte. Auch in anderen Fällen mochte man die Vererbung einer Verpflichtung nur dann als angemessen empfinden, wenn der juristische Vorgang, welcher der Verpflichtung zugrunde lag, auch andererseits eine Bereicherung des Vermögens zur Folge gehabt hatte, wenn also die Eingehung jener Verbindlichkeit von einer Gegenleistung abhängig gewesen war. In diesem Falle konnte man annehmen, daß jenes Rechtsgeschäft mittelbar auch dem Erben zugute gekommen sei, und so war es nur gerecht, ihn auch die lästigen Folgen tragen zu lassen. Wo aber, wie bei der Verbürgung, die Verpflichtung gerade ohne jede Gegenleistung, ohne eigenes Vermögensinteresse übernommen war, da schien es unangebracht, die daraus resultierende Haftung noch anderen aufzubürden, die sich in diese Gefahr nicht freiwillig begeben hatten und die auch in der Regel den persönlichen Motiven fernstanden, welche den Erblasser zu einer solchen lediglich nachteiligen Bindung veranlaßt haben mochten: denn „*l'amitié du père pour le débiteur ne passe pas nécessairement à ses enfants avec sa succession*“ ²⁾. Hierin steckt der richtige Kern der Ansichten Girtanners und Karlowas: nicht darauf kommt es an, ob der Bürge sein Vermögen verhaftet hat oder nicht: daß er mit

1) Pomponius (D. 50, 17, 38) spricht ihn bereits als allgemeines Prinzip aus: „*Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset*“, und er steht allenthalben in Geltung: den von Savigny, *System* V S. 47 Anm. h, von Bekker, *Aktionen* I S. 175 Anm. 22, S. 176 Anm. 23 und von Pernice, *Labo* II, 1 S. 201 Anm. 2 angeführten Stellen seien hinzugefügt: Ulp. D. 9, 2, 23, 8; Ulp. D. 14, 4, 9, 2 i. f.; Ulp. D. 15, 1, 30, 7; Ulp. D. 43, 4, 1, 8; Ulp. D. 43, 24, 15, 3; Paul. D. 10, 4, 12, 6; Paul. D. 47, 9, 4, 2. Damit seien sie aber noch nicht alle als echt anerkannt. Alles Nähere, insbesondere auch die anregende Frage nach der Formel dieser Bereicherungsklage, muß einer anderen Erörterung vorbehalten bleiben.

2) Appleton l. c. p. 550.

seiner Habe und seiner Freiheit für die verbürgte Schuld haftet, kann nie bezweifelt werden; sondern das ist maßgebend, ob er seine eigene Vermögenslage durch eine der übernommenen Schuld entsprechende Valuta in irgendwelcher Weise gebessert, also aus eigenem Interesse gehandelt hat ¹⁾. Das tut der Hauptschuldner, aber nicht der Bürge seiner Natur nach: ob er durch sponsio, durch fidepromissio oder durch fideiussio Bürge geworden, kann hier nichts ausmachen.

Einer weiteren Erklärung wird, wie man zugeben kann, die Unvererblichkeit der Sponsio und Fidepromissio kaum bedürfen. Um so mehr fragt es sich, woraus sich von diesem Standpunkte aus die Vererblichkeit der Fidejussio herleiten soll. Indessen das muß späterer Erörterung vorbehalten bleiben ²⁾. Hier sei nur der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, daß der Bürgschaftsvertrag zwei Elemente in sich vereinigt, welche gerade in unserer Frage zu entgegengesetzten Ergebnissen führen: gewinnt das spezielle Bürgschaftselement die Oberhand, so liegt die Unvererblichkeit der Bürgschaftsschuld am nächsten, tritt aber das allgemeine Vertragselement in den Vordergrund, so wird gleich anderen zivilen Verträgen auch der Bürgschaftsvertrag den Erben verpflichtet. Welche der beiden Möglichkeiten Wirklichkeit wird, das hängt von der historischen Gestaltung der Dinge ab und wird sich durch dogmatische Distinktionen nimmermehr ergründen lassen ³⁾.

1) Vortrefflich erinnert Mommsen, *Römische Geschichte* * I S. 850 daran, daß wie „die Übernahme von Bürgschaften“ so auch „das Geben von Geschenken und Vermächtnissen . . . in dieser Zeit durch Bürgerschaftsschluß beschränkt wurde“: er nennt es eine „kaufmännische Moral, die in allem Weggeben ohne Entgelt eine Verschleuderung findet“, während Bruns-Lenel in *Holtzendorff-Kohlers Encyclopädie* I S. 109 „den kaufmännischen Geist weiser Sparsamkeit“ darin ausgedrückt sehen. Vgl. auch Pernice, *Zeitschr. d. Sav.-St. Bd.* 19 S. 127, Heymann, *Vorschützen der Verjährung* S. 23.

2) S. u. § 7.

3) Daß die Frage eine historische sei, hat Hasenbalg, *Bürgschaft* S. 11f. bereits erkannt, doch ist seine Ausführung gar zu oberflächlich: er meint einfach, daß sich die Ansichten über den dem Interzedenten zu gewährenden Schutz allmählich geändert hätten. — Im Prinzip richtig Cuq l. c. I¹ p. 700.

§ 4.

Die leges Appuleia, Furia, Publilia, Cicereia.

Unter den Gesetzen, welche dem sich verbürgenden Sponsor seine Haftung erleichtern ¹⁾, haben von den anerkanntermaßen vier ältesten, den leges Appuleia, Furia, Cicereia und Publilia, die drei erstgenannten bald ausschliesslich, bald zum Teil den Fall der mehreren Sponsoren im Auge. Zweifelloos hatte auch hier die das Sponsionsbürgschaftsrecht beherrschende Sitte vorgearbeitet, und die Gesetzgebung hat die durch sie ausgebildeten Satzungen nur zu sanktionieren und zu gewährleisten gehabt ²⁾. Am allernächsten lag es, demjenigen von den mehreren Bürgen, der in Anspruch genommen war und seiner Verpflichtung genügt hatte, nun wenigstens den Rückgriff gegen die übrigen Sponsionsbürgen in der Weise zu gestatten, daß jeden nur ein Teil des Verlustes traf: damit rührte man noch nicht an das durch Zivilrecht gesetzte Recht des Gläubigers, von jedem Sponsor, mochte er Hauptschuldner oder Bürge sein, das Ganze zu verlangen, beseitigte aber andererseits eine große Unbilligkeit ³⁾. Schon deswegen mußte man annehmen, daß die zu diesem Ziele führende lex Appuleia die älteste jener Trias war. Aber es wird uns auch so ausdrücklich wie möglich von Gaius III, 122 bezeugt, daß sie „ante legem Furiam lata est“, und der vor der Einführung der lex Furia vorhandene Rechtszustand in demselben Sinne besprochen. Demnach ist es völlig unbegreiflich, wie Lenel und Pernice ⁴⁾ die Priorität der lex Furia proklamieren können. Einen Grund dafür geben sie nicht an, auch Pernice nicht, obwohl er früher ⁵⁾ das Gegenteil behauptet hat. Lenel scheint freilich etwas wankend geworden zu sein, denn in der zweiten Auflage seines Ediktswerkes ⁶⁾ begegnet der Satz der

1) Eine bereits klassische Ausdrucksweise: vgl. sponsorem „relevare“ in einem der Strafsburger Ulpianfragmente: s. u. § 5.

2) Ganz übereinstimmend Pernice, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 19 S. 180 f.

3) In diesem Sinne auch Huschke, Gaius S. 83.

4) A. a. O. S. 181 Anm. 1.

5) Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 7, 2 S. 157. 6) I p. 244.

ersten Auflage ¹⁾: „an die lex Furia knüpft die lex Appuleia an“ nicht mehr; andererseits hat er aber bei der Aufzählung die Reihenfolge, welche die lex Furia vor der lex Appuleia anführt, auch jetzt noch beibehalten ²⁾. — So haben denn auch Lenel und Pernice keine Nachfolge gefunden ³⁾.

Weit bestrittener ist die Frage, in welche Zeit nun die lex Appuleia zu setzen ist. Zu ihr müssen wir Stellung nehmen, da sie für die Bestimmung des Alters auch der folgenden Gesetze sowie der fideiussio von Wichtigkeit ist.

Eine Hypothese freilich wird jetzt ebenso allgemein abgelehnt, wie sie früher vertreten wurde. Denn nachdem sich herausgestellt hatte, daß in Gai. IV, 25 nicht lex Valeria, sondern lex Vallia zu lesen war, schwand auch der letzte Grund, die notwendig ältere, weil durch die lex Vallia bereits modifizierte lex Furia und somit auch die lex Appuleia in eine der lex Valeria vorausgehende Zeit hinaufzusetzen ⁴⁾. Wenn Huschke ⁵⁾ und ihm folgend Rudorff ⁶⁾, Ferrini ⁷⁾ und ungefähr auch Schulin ⁸⁾ sie von 364 a. u. c. (390 a. Chr. n.) datieren oder wenn Sohm ⁹⁾ das Jahr 409 a. u. c. (345 a. Chr. n.) angibt, so steht dem die triftige Bemerkung Appletons ¹⁰⁾ entgegen, daß gemäß Gai. III, 122 die lex Appuleia schon Provinzen voraussetzt, die älteste Provinz, Sizilien, aber erst 513 (241) begründet wurde ¹¹⁾. Dieses Jahr setzt somit unwiderleglich jedem Versuch, die zivile Bürg-

1) S. 168.

2) A. a. O. 1. Aufl. S. 170 f., 2. Aufl. I S. 247, Pal. I S. 1017, II S. 540 bei Gelegenheit des Ulpianischen und des Paulinischen Ediktskommentars.

3) Vgl. z. B. Appleton l. c. p. 552 sqq., Karlowa a. a. O. II S. 733 Anm. 5, Girard l. c. p. 755 n. 3, 761 n. 1.

4) Pernice, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 7, 2 S. 157.

5) Gaius S. 88.

6) Römische Rechtsgeschichte I S. 50.

7) Storia delle fonti del diritto romano (1885) p. 11.

8) Geschichte d. römischen Rechts S. 351.

9) A. a. O. S. 380 Anm. 3.

10) l. c. p. 555, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 p. 3 n. 2.

11) So nun wohl auch die herrschende Meinung: z. B. Pernice a. a. O. S. 157 f., Karlowa a. a. O. II S. 733, Girard l. c. p. 36, 755 n. 3, 761 n. 1.

schaftsgesetzgebung für möglichst alt auszugeben, eine Grenze. Nun tut aber Appleton des Guten zu viel: er weicht gleich fast drei Jahrhunderte zurück und spricht 651 (103) bzw. 652 (102) als das Ursprungsjahr an, wofür er in seinem Aufsatz von 1876 ¹⁾ im Anschluß an einige französische Schriftsteller ²⁾ kaum etwas anderes anzuführen weiß, als daß er den nächsten Appuleius, noch dazu gleichfalls einen Volkstribunen (wie der, welcher zur Statuierung des Jahres 364 (390) Anlaß gegeben) erst in den Jahren 651—654 (103—100) findet. Da dieses bei der Häufigkeit des Namens ³⁾ recht schwache Argument sich aber kaum irgendwo Anhänger erwarb und bei Cuq ⁴⁾ und Girard ⁵⁾ sogar ausdrücklichem Widerspruch begegnete, so hat Appleton seinen Ansatz nunmehr (1905) mit größerer Ausführlichkeit und, wie zugegeben werden muß, recht scharfsinnig zu begründen gesucht ⁶⁾.

Nichtsdestoweniger vermögen wir uns auch jetzt noch nicht mit seinem Ergebnisse zu befreunden ⁷⁾. Wenn ihm allerdings in erster Linie entgegengehalten worden ist ⁸⁾, daß die wenn nicht aus dem Beginn oder ersten Drittel ⁹⁾, so doch sicherlich aus der ersten Hälfte oder dem Beginn der zweiten Hälfte ¹⁰⁾ des 7. Jahr-

1) Revue l. c. p. 555 suiv.

2) die er Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 p. 8 n. 2 namhaft macht.

3) Pauly-Wissowa, Realencyclopädie der klassisch. Altertumswissenschaft I S. 245 ff. verzeichnet 31 Appulei, von denen mehr als die Hälfte der Republik angehören.

4) l. c. I¹ p. 704 n. 3.

5) Manuel² p. 746 n. 1, 751 n. 3, 756 n. 3.

6) Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 p. 1 ss.

7) Ebenso Girard l. c. ⁴ (1906) p. 755 n. 3, 761 n. 1.

8) Vgl. Appleton l. c. p. 5 ss.

9) So Girard, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 14 p. 11 ss., wo p. 11 n. 1 reiche Literatur, auch Manuel p. 751 n. 3, p. 987, Bekker, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 15 S. 164, Erman, ebenda Bd. 19 S. 275, 285 Anm. 2, Appleton, ebenda Bd. 26 p. 9 n. 3, Partsch, die Schriftformel im römischen Provinzialprozeß (Bresl. Diss. 1905) S. 1, Heumann-Seckel a. a. O. s. v. „Aebutia“; dagegen Wlassak, Röm. Prozeßgesetze II S. 300 und jetzt Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 25 S. 131 Anm. 2.

10) Vgl. Wlassak, Röm. Prozeßges. I S. 68 ff., nach welchem sie „älter als Cicero“ sein muß. — Lenel bei Holtzendorff-Köhler a. a. O. I S. 111 verhält sich noch völlig skeptisch.

hunderts stammende *lex Aebutia* notwendig erheblich jünger sein müsse als die *leges Appuleia* und *Furia*, so ist das nach dem Stande der Quellen noch nicht strikt zu erweisen. Zwar steht es auf Grund von *Gai. IV, 25* fest, daß die *lex Furia* der *lex Vallia* vorangegangen sein muß¹⁾, doch ist das Alter dieser²⁾ *lex Vallia* selbst noch ziemlich unaufgeklärt und insbesondere nicht dargetan, daß sie und somit auch die *lex Furia* älter als die *lex Aebutia* gewesen seien, da ja beide *leges* bis zur augusteischen Prozeßreform immer noch einen Sinn gehabt hätten³⁾. Wenn aber nicht erwiesen, so ist es doch trotz *Appletons* Widerspruch⁴⁾ sehr wahrscheinlich. Denn es klingt wenig plausibel, daß zu einer Zeit, in der die *Legisaktionen* schon so „in odium“ gekommen waren, daß man sich ohne sie zu behelfen begann, noch Reformen auf ihrem Gebiete Eingang gefunden hätten wie die der *lex Vallia*, ja, daß man zu dieser Zeit noch neue *Legisaktionen* wie die aus der *lex Furia* entspringende⁵⁾ begründet hätte.

Bleibt uns aber *Appleton* für die spätere Einführung der von ihm in die zweite Hälfte des 7. Jahrhunderts gelegten⁶⁾ *lex Vallia* jeglichen Beweis schuldig, so treiben ihn seine positiven Argumente⁷⁾ gänzlich ins Gedränge. Es mag allerdings verlockend sein, die *leges Appuleia* und *Furia* mit einem Tribunen *Appuleius* aus den Jahren 651—654 und einem Tribunen *Furius* aus den Jahren 654—655 in Verbindung zu bringen, zumal sich

1) Umgekehrt *H. Krüger*, *Gesch. d. capitis deminutio I* (1887) S. 312 ff., 319 ff., nach dem die *lex Vallia* sogar älter als die 12 Tafeln sein soll. Gegen diesen unmöglichen, dem *gaianischen* Bericht schroff widersprechenden Ansatz vgl. *Mitteis*, *Grünhuts Zeitschr.* Bd. 15 S. 444, *Kipp*, *Zeitschr. d. Sav.-St.* Bd. 9 S. 172, *Eisele*, *Beitr. z. römischen Rechtsgeschichte* S. 28 Anm. 9.

2) von *Girard*, *Zeitschr. d. Sav.-St.* Bd. 14 p. 41 suiv. in die Jahre 585—600 (169—154) gesetzten.

3) So betrachtet *Bruns*, *Zeitschr. f. Rechtsgesch.* Bd. 12 S. 134 die *leges Aebutia* und *Vallia* als ungefähr gleichzeitig.

4) l. c. p. 9.

5) *Gai. IV, 22*: eine Folgerung, zu der sich *Appleton* l. c. p. 3 n. 2 ausdrücklich bekennt.

6) l. c. p. 40.

7) l. c. p. 34 ss.

mit dem Charakter dieser Männer der Charakter der Gesetze vielleicht wirklich gut verträge. Aber wie soll denn dann die Entwicklung verlaufen sein? Die genannten Gesetze gehören nach Appleton „à une époque démocratique, révolutionnaire, italophile“, die lex Cornelia hingegen „à l'époque de la réaction aristocratique opérée par Sulla“, d. h. in die Jahre 666 (88) oder 673 (81). So erhält Appleton als äußerste Grenzen die Jahre 651 und 673: innerhalb dieser „vingtaine d'années“ sollen die *leges Appuleia*, *Furia*, *Cicereia* und *Cornelia* Platz finden und soll außerdem noch zwischen der lex *Cicereia* und der lex *Cornelia* die *fideiussio* entstanden sein, in deren Aufkommen eine Tendenz sich bemerklich macht, die derjenigen, auf deren Boden die Gesetze erwachsen sind, schroff entgegensteht? innerhalb dieser zwanzig Jahre sollen Epochen von einander ganz widersprechendem Charakter sich unmittelbar abgewechselt und trotzdem die siegreiche Gegenströmung es nicht vermocht haben, die eben gegebenen, noch gar nicht eingebürgerten Gesetze wieder aufzuheben, sondern sie hätte sich damit begnügt, „que l'invention de la *fidéjussion* permettait d'échapper, au besoin, aux dispositions de la loi *Furia*“¹⁾, ja, zu diesem Zwecke hätte sie geradezu die *fideiussio* erfunden²⁾? Diese Entwicklung dürfte doch alles eher als natürlich sein, insbesondere aber der sonst allenthalben beobachteten Bedächtigkeit, mit der sich die Römer in ihren rechtlichen Anschauungen wandelten, und der Scheu, mit der sie sonst an ihr Zivilrecht rührten, seltsam widerstreiten. So mutwillig spielten sie nicht mit ihrem Gesetzgebungsapparat.

Noch radikaler erklären Liebe³⁾, Girtanner⁴⁾ und Hasenbalg⁵⁾ die lex *Furia* mit Rücksicht auf Cic. ad Att. 12, 17 für jünger als Cicero. Doch haben Karlowa⁶⁾ und Appleton selbst⁷⁾

1) l. c. p. 42.

2) l. c. p. 40 n. 1.

3) A. a. O. S. 225 Anm. 1.

4) Bürgschaft S. 91.

5) A. a. O. S. 17 Anm. 19.

6) A. a. O. II S. 735 Anm. 1.

7) l. c. Bd. 26 p. 41 n. 1.

mit selbständigen Argumenten nachgewiesen ¹⁾, daß diese Stelle nicht im mindesten in einem solchen Sinne verwendet werden darf. — Und so hat man sich neuerdings auf Altersbestimmungen geeinigt, welche die beiden Grenzzahre 513 (241) und etwa 604 (150) beachten, was die *leges Appuleia*, *Furia* und *Cicereia* anlangt. Pernice ²⁾ setzt sie genauer in die Periode nach dem Hannibalischen Kriege und wird darin durch Wlassak ³⁾ bestärkt ⁴⁾. Damit soll wohl nicht gesagt sein, daß die älteste, die *lex Appuleia*, nicht auch schon während des Krieges oder vor demselben ⁵⁾ entstanden sein mag. Denn es muß im Hinblick auf die analogen Erscheinungen im Gebiete der römischen Zivilgesetzgebung und besonders, wenn eine verhältnismäßig so frühe Zeit der Republik in Frage steht, in erster Linie darauf Rücksicht genommen werden, daß die Aufeinanderfolge der einzelnen *leges* keine zu rasche wird. Außerdem scheint uns auch der Inhalt der *leges Appuleia* und *Furia* in dieser Richtung einen Fingerzeig zu geben. Das an sich gewiß auffälligste Moment, daß die spätere *lex* ihr Geltungsgebiet auf in Italien begründete Sponsionen ⁶⁾ beschränkte, während die frühere *lex* auch für die in den Provinzen vorgenommenen galt, wird hier allerdings nicht in Betracht kommen können, da es von Huschke ⁷⁾ hinreichend

1) Hingegen hat die Deutung von Pernice, *Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 19* S. 127 wenig für sich.

2) A. a. O. S. 157f.

3) A. a. O. II S. 156 Anm. 41.

4) So auch Bruns, *Zeitschr. f. Rechtsgesch.* Bd. 12 S. 134, Bruns-Lenel bei Holtzendorff a. a. O. I S. 109; vgl. Karlowa a. a. O. II 733, 735; Heymanp, *Vorschützen der Verjährung* S. 22f.; weitere Literatur bei Appleton-l. c. Bd. 26 p. 8 n. 21f., p. 4 n. 1.

5) In diesem Sinne auch Voigt, *Jus naturale* IV S. 424, der sie zwischen 525 und 535 ansetzt; hingegen ist seine Verlegung der *lex Furia* in das Jahr 586 wegen eines *praetor urbanus* L. *Furius Philus* äußerst willkürlich.

6) Wie wir Gai. III, 121a, 122 nunmehr nach dem neuen *Ulpianfragmente* (vgl. Lenel, *Sitzungsberichte der Berliner Akademie* [1904] S. 1165f., auch *Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 25* S. 370f.) zu verstehen haben a. unten § 5.

7) A. a. O. S. 85; dagegen Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* S. 118 Anm. 4, dessen Deutung aber nicht auf richtiger Grundlage beruht

auf andere Weise erklärt ist. Um so schwerer fällt eine andere Tatsache ins Gewicht: das zweite Gesetz stellt, wie wir bald ¹⁾ sehen werden, nicht etwa eine einfache Weiterführung oder gar Ergänzung des in dem ersten ausgedrückten Gedankens dar, die leicht und schnell Eingang finden mußte: es zeigt diesen Gedanken vielmehr in einer Fortbildung begriffen, wie sie wenige Jahre unmöglich haben hervorrufen können. Es ist sicherlich nicht zuviel behauptet, wenn man sagt, daß die *lex Appuleia* kaum je das Tageslicht erblickt hätte, wenn die Volksstimmung zur Zeit ihrer Sanktionierung für die *lex Furia* bereits reif gewesen wäre. Die Volksstimmung aber entwickelte sich langsam.

Andererseits haben wir allerdings keinen Raum, die beiden Gesetze allzu weit von einander zu trennen. Denn auch nach unten hin scheint sich eine feste Grenze feststellen zu lassen, welche den für sie in Betracht kommenden Zeitraum auf etwa sechzig Jahre vermindert. Wir glauben als ziemlich sicher annehmen zu können, daß die *lex Cicereia*, das dritte der Gesetze, aus dem Jahre 581 (173) stammt. Huschke ²⁾ freilich und nach ihm Rudorff ³⁾ sowie früher Dernburg ⁴⁾ schreiben sie unter dem Eindruck der fälschlichen Lesart „*lex Pompeia*“ ⁵⁾ dem Cn. Pompeius zu und setzen sie daher in das Jahr 666 (88). Hingegen fügt sich unsere Vermutung in die von der herrschenden Meinung angenommene Periode der Bürgschaftsgesetze überhaupt ganz gut ein. Insbesondere will Bekker das Gesetz noch in die Legisaktionszeit verlegen, da zur Zeit des Formularverfahrens wohl der Prätor selbst diese Reform in die Hand genommen und man daher nicht erst zur Gesetzgebungsmaschine gegriffen hätte ⁶⁾: eine Bemerkung, die zugleich einen guten Einwand gegen

(s. u. § 5); auch Appletons Versuch a. a. O. Bd. 26 p. 33 suiv. befriedigt nicht, da seine Auslegung des neuen Ulpianfragmentes nicht gebilligt werden kann (s. u. § 5).

1) S. u. S. 70 f., auch § 9.

2) A. a. O. S. 90.

3) A. a. O. I S. 51.

4) Pfandrecht I S. 5.

5) Die übrigens auch aus Bruns-Lenel, a. a. O. I S. 109 noch nicht verbannt ist.

6) Aktionen I S. 294 f.

die neue Lehre Girards ¹⁾ bietet, der erst die Mitte des 7. Jahrhunderts als Entstehungszeit anspricht, weil das *praeiudicium* der *lex Cicereia* nur mit dem Formularverfahren vereinbar sei ²⁾. Aus demselben Grunde wagt Karlowa ³⁾ überhaupt keine Entscheidung. Demgegenüber hat Appleton ⁴⁾ bereits treffend auf die Zeit um 581 (173) hingewiesen: nur konnte er selbst, weil er ja alle Gesetze ins letzte Jahrhundert der Republik verlegt, dieser Vermutung nicht Raum geben. Schulin ⁵⁾ dagegen, Ferrini ⁶⁾ und Cuq ⁷⁾ nehmen 581 (173) tatsächlich als Entstehungsjahr an. Es hat das deswegen eine so große Wahrscheinlichkeit für sich, weil Livius ⁸⁾ für 581 (173) einen Cicereius als Prätor nennt. Zwar darf man, wie ganz besonders die Versuche der Altersbestimmung der *lex Appuleia* lehren und was auch bei derjenigen der *lex Cornelia* zu beachten sein wird, auf solche Namen nicht allzu viel Gewicht legen, weil unsere Überlieferungen zu lückenhaft sind ⁹⁾: indessen wird das hier, wo der Name jedenfalls ein sehr seltener ist ¹⁰⁾, sicherlich gestattet sein, wenn die Tatsache gleichzeitig auch aus inneren Gründen plausibel erscheint.

Berücksichtigen wir nun noch, daß aus später ¹¹⁾ darzulegenden Gründen die *lex Furia* der *lex Cicereia* als einer notwendigen Ergänzung dringend bedurfte und diese beiden Gesetze daher

1) L. c. p. 756 n. 2 im Gegensatz zu den noch der hier vertretenen Ansicht folgenden früheren Auflagen (vgl. etwa 3. Aufl. p. 746 n. 1, p. 752 n. 2).

2) Weiteres gegen Girard s. u. S. 66 Anm. 1.

3) A. a. O. II S. 736.

4) *Revue l. c.* p. 557.

5) A. a. O. S. 351.

6) L. c. p. 11.

7) wenigstens in erster Auflage l. c. I p. 700; in zweiter Auflage I p. 254 n. 5 bezeichnet er als frühesten Zeitpunkt die Mitte des 6. Jahrhunderts.

8) 41, 1, 3. 5; 41, 7, 1 ff.; 42, 7, 1; 42, 21, 7.

9) In diesem Sinne treffend Girard, *Zeitschr. d. Sav.-St.* Bd. 14 p. 12.

10) Pauly-Wissowa a. a. O. Sp. 2536 f. kennt nur zwei Cicerei, von denen nur dieser in Betracht kommt. Dem gegenüber stehen 403 Corneli.

11) S. 76 ff.

Levy, Sponsio.

wohl auch zeitlich einander recht nahe standen ¹⁾, so wird sich der Entwicklungsgang äußerlich in der Weise fixieren lassen, daß die lex Appuleia etwa in die Zeit zwischen die beiden ersten Punischen Kriege gehört, die lex Furia dem Hannibalischen Kriege etwa um zwanzig Jahre und ihr die lex Cicereia um weitere zehn Jahre nachfolgt.

In denselben Zeitabschnitt fällt aber zweifellos auch das Bürgengesetz, welches das Verhältnis zum Hauptschuldner regelt: die lex Publilia. Das wird denn auch von der Mehrzahl der Schriftsteller anerkannt, wenngleich einige deshalb zu einem abweichenden Ergebnis kommen, weil sie die anderen *leges*, wie gezeigt, in eine andere Zeit verlegen. So bezeichnen Huschke ²⁾ und nach ihm Rudorff ³⁾, der vorher gänzlich gezweifelt hatte ⁴⁾, wiederum unter ungerechtfertigter Berücksichtigung der auf uns gekommenen Personalüberlieferungen den am Ende des 4. Jahrhunderts der Stadt lebenden Q. Publilius Philo als den Schöpfer des Gesetzes ⁵⁾. Karlowa ⁶⁾ meint gar, wegen des „*dependere*“ der *actio depensi* in die Zeit vor der Einführung der Silberprägung, also vor 486 (268) zurückgehen zu sollen, und Girtanner ⁷⁾ sowie Appleton ⁸⁾ sehen die lex Publilia als das älteste unter den Bürgerschaftsgesetzen an: Appleton mit der unzureichenden Begründung, daß die durch sie herbeigeführte Besserung der

1) Auch deshalb (vgl. im übrigen oben S. 64 f.) ist die Annahme Girards l. c. p. 756 n. 2, daß die lex Cicereia erst in die Zeit des Formularverfahrens gehöre, sehr wenig plausibel. Hat es erst in dieser Periode unmittelbare *praeiudicia* gegeben, so spricht nichts gegen die auch von Karlowa a. a. O. II S. 736 betonte Möglichkeit, daß das *praeiudicium* der lex Cicereia ursprünglich durch *Sponsionen* vermittelt worden sei. Keineswegs stände das passivische *Präsens* „*permittitur*“ bei Gai. III 123 einer solchen Lösung im Wege.

2) A. a. O. S. 83 f.

3) A. a. O. I S. 50 f.

4) Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. 14 S. 356.

5) Ähnlich Schulin, Gesch. d. röm. Rechts S. 351.

6) A. a. O. II S. 733, ihm folgt Cuq l. c. I² p. 253 n. 4; hiergegen jetzt auch Appleton, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 p. 35 n. 3.

7) A. a. O. S. 15.

8) A. a. O. Bd. 26 p. 35 *suiv.*

Lage der Bürgen durch die anderen Gesetze eine weitere Steigerung erfahre ¹⁾, Girtanner, weil diese lex allein die Fidepromissoren noch nicht betreffe. Indessen ist auch dieses Argument wenig stichhaltig; denn selbst wenn es Fidepromissoren längst gegeben hat, ist die Begrenzung der lex auf Sponsoren außerordentlich begreiflich: da sie die Begründung einer neuen legis actio zum Gegenstand hatte, die doch nur römischen Bürgern zugänglich sein konnte ²⁾, so mußte sie von vornherein für die Fidepromissio unpraktisch sein: denn wenn natürlich auch Bürger unter einander fidepromittieren konnten, weil kein Grund vorlag, sie von dieser Form auszuschließen, so wird doch eine fidepromissio inter

1) womit übrigens nicht recht zusammenstimmt, daß er p. 36 n. 1 die Einführung der actio depensi von der überhandnehmenden „corruption de mœurs“ abhängig macht.

2) Das darf nach der eindringlichen Darstellung Wlassaks, Röm. Prozeßgesetze I S. 115 Anm. 24, S. 202 ff., II S. 87 f., 93, 138 Anm. 28, S. 183 ff., 302, 363 als sicher angenommen werden; vgl. ferner Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß I S. 53 Anm. 22, II S. 56 Anm. 19; Huschke, Gaius S. 212 f.; Wach bei Keller, Zivilprozeß⁶ S. 56 Anm. 192; Ad. Schmidt, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 9 S. 187 ff.; Sohm, Institutionen¹¹ S. 241; auch Girard l. c. p. 991 n. 3 und Appleton, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 p. 16, der insbesondere darauf aufmerksam macht, daß Gaius in III 118—123 neben dem Sponsor stets (zehnmal) den Fidepromissor aufführt, in IV 22 dagegen, wo es sich um die legis actio ex lege Furia handelt, ihn fortläßt. — Dagegen hat sich zuerst Mommsen, Stadtrechte von Salpensa und Malaca (Abhandlungen der sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften Bd. 3 S. 435 Anm. 129) erklärt, aber die Legisaktionsfähigkeit der Peregrinen ausdrücklich auf die kontentiöse Gerichtsbarkeit beschränkt. Diese mit Rücksicht auf Gai. II 65 allerdings gebotene Einschränkung muß aber bei der Wesensgleichheit der streitigen und der streitlosen legis actio von vornherein äußerst befremden. Trotzdem hat Mommsen im Corp. inscr. lat. I p. 66 (ad leg. Acil. repetundarum v. 23) — Gesammelte Schriften Abt. I Bd. I S. 54; in Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 12 S. 279 Anm. 3, im Römischen Strafrecht S. 722 Anm. 4 und noch letztthin (1902/03) in Ges. Schriften a. a. O. S. 327 Anm. 129 (vgl. Vorwort S. VI) an seinem Standpunkt festgehalten; mit ihm stimmen überein Keller, Zivilpr. S. 56; Rudorff, Römische Rechtsgeschichte II S. 76 Anm. 9; Pernice, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 7, 2 S. 153 f.; Gradenwitz ebenda Bd. 9 S. 192 f.; Eisele, Abhandlungen zum römischen Zivilprozeß S. 69 ff. Weitere Literatur bei Wlassak a. a. O. I S. 115 Anm. 24, S. 204 Anm. 3, II S. 88 Anm. 3.

cives eine Seltenheit gewesen sein ¹⁾. Vielmehr mag sie in der Anschauung des Römers den Beigeschmack eines rein peregrinischen Institutes bekommen haben, und es war nur natürlich, daß das Gesetz dem Rechnung trug. — So stellen denn auch Huschke ²⁾ und Girard ³⁾ die lex Publilia zwischen die leges Appuleia und Furia, und Lenel ⁴⁾ weicht kaum ab, wenn er sie erst vor der lex Cicereia einreihet.

Diese Tatsachen gewinnen aber ihre innere Bedeutung erst, wenn wir nunmehr jedes dieser Gesetze seinem Inhalte, seiner Tragweite nach einer Betrachtung unterwerfen. — Gaius ⁵⁾ begnügt sich nicht damit zu erzählen, daß der zahlende Sponsionsbürge gegen die übrigen einen Rückgriff habe: als das Wichtigste, was er von der lex Appuleia mitzuteilen hat, stellt er vielmehr etwas anderes an die Spitze, was gar nicht im Gesetze stand, sondern eine wissenschaftlich erkannte reine Abstraktion darstellt. Die lex Appuleia nämlich, beginnt er, führte „quandam societatem“ zwischen den mehreren Sponsoren ein. Pernice ⁶⁾ freilich sieht darin nur ausgedrückt, daß „es ehrlich, anständig und rücksichtsvoll wie unter Gesellschaftern hergehen soll“. Allein damit wird er schwerlich den Worten gerecht. Vielmehr scheint Gaius darin eine ganz bedeutsame Tatsache erblickt zu haben, die, wie es den Eindruck macht, noch in seiner Zeit, dreieinhalb Jahrhunderte nach der Entstehung des Gesetzes, in ihrer Wichtigkeit erkannt und als ein hervorragendes Moment in der Entwicklung der Bürgschaft gewürdigt worden ist.

Vor der lex Appuleia bestand keinerlei societas zwischen den Personen, welche uno actu mit dem als Hauptschuldner auftretenden Sponsor spondiert hatten. Was soll das heißen? Keineswegs etwa, daß, wenn einer von ihnen litem kontestiert oder geleistet hatte, die Obligation der anderen dadurch nicht berührt worden sei. Denn mit der Korrealität hat diese societas

1) Vgl. Appleton a. a. O. Bd. 26 p. 26.

2) A. a. O. S. 83 f.

3) L. c. p. 36, 758 n. 1.

4) Edikt, 1. Aufl. S. 171; 2. Aufl. I p. 247.

5) III 122.

6) Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 19 S. 181.

gar nichts zu tun. Jene bestand so lange, als es eine Spondierung *uno actu* überhaupt gegeben hat, versichert uns doch Gaius ¹⁾ ausdrücklich, daß der Fundamentalsatz der Korrealität „*qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat*“ zu dieser Zeit längst in Geltung stand. Und daß er sich auf die akzessorischen *correi* weniger bezogen hätte als auf die prinzipalen ²⁾, ist schon deshalb undenkbar, weil ja, wie gezeigt, das alte Zivilrecht diese beiden überhaupt nicht auseinanderzuhalten vermochte. — Die „*quasi societas*“ läßt vielmehr die Beziehungen nach außen völlig unberührt und bezeichnet lediglich das zwischen den einzelnen Sponsoren sich ergebende Innenverhältnis. Ein solches als vom Rechte anerkanntes Verhältnis, also Rechtsverhältnis hatte es bis zur *lex Appuleia* nicht gegeben ³⁾: es konnte in diesem Sinne erst in dem Augenblick

1) IV 108.

2) Zwar kommt bekanntlich (vgl. *Voc. jur. Rom.* I Sp. 1040) der „*concreus*“ nur in einer Stelle, in *Ulp. D.* 34, 3, 3, 3 (bis) vor und auch hier nicht ohne weiteres in der von der gemeinrechtlichen Doktrin geprägten allgemeinen Bedeutung. Wenn man aber heute trotzdem die als Hauptschuldner in dem fraglichen Verhältnis zu einander Stehenden als „*correi*“ bezeichnet, so wird man nichts dawider einwenden dürfen, wenn wir die in gleicher Rechtslage befindlichen akzessorischen Schuldner mit einem entsprechenden Zusatz gleichfalls „*correi*“ nennen. Hingegen ist es im folgenden vermieden worden, auch die Beziehung zwischen Hauptschuldner und Bürgen als *korreale* zu bezeichnen, da „*verius est non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio*“ (*Papin. D.* 45, 2, 9, 1): vgl. zu dieser Frage Geib a. a. O. S. 36 ff.

3) Vorher hatten sich die Sponsoren wohl durch gegenseitige Regresssponsionen gegen eine einseitige Inanspruchnahme seitens des Gläubigers gesichert: diese seine an sich schon recht plausible Vermutung (*Zeitschr. d. Sav.-St. Bd.* 26 p. 29 *suiv.*) unterstützt Appleton p. 30 n. 1 noch treffend durch den Hinweis auf die durch die Inschrift hierher gewiesene *Ulp. D.* 17, 2, 41, welche Lenel bereits (an Stelle einer früheren farblosen Hypothese: vgl. *Edikt* 1. Aufl. S. 169 Anm. 3) für solche Regresssponsionen in Anspruch genommen hat (vgl. *Paling.* II S. 540 Anm. 5; *Edikt* 2. Aufl. I p. 245) und die, wenn man demnach statt „*quis a socio*“: „*sponsor a consponsore*“ und statt „*pro socio*“: „*ex lege Appuleia*“ liest, wenigstens möglicherweise einer angemessenen Erklärung zugänglich wird, die bisher trotz der Versuche von H. Krüger, *Beitr. z. L. v. d. exceptio doli* I S. 204f. und Pergament, *Konventionalstrafe und Interesse*

zur Existenz gelangen, in dem es von sich aus rechtliche Wirkungen hervorzubringen imstande war. Eine derartige Wirkung war aber das Regrefsrecht des leistenden Sponsionsbürgen. Denn dieses Regrefsrecht, das in der Konstituierung einer neuen Klage gegen den nichtzahlenden Bürgen seinen Ausdruck gewinnt, ergibt sich weder aus prozessualen Gründen noch läßt es sich auf einem Umwege über die Person des Hauptschuldners konstruieren. Es kann seinem Wesen nach seine Grundlage nur in einer unmittelbaren Beziehung der Sponsoren unter einander finden. Erst wenn man sich vorstellte, daß die mehreren Sponsionsbürgen, die *uno actu*, ja unter Umständen *una voce idem* spondierten, nicht nur in Bezug auf die Hauptsponsion, sondern auch unter einander in eine gewisse rechtliche Verbindung traten, war das Feld gegeben, auf dem eine neue Klage des einen gegen den anderen Bürgen erwachsen konnte. Und jene Vorstellung kann sich gar nicht schwer eingestellt haben: sie hat offenbar um so leichter Eingang gefunden, je weniger die Sponsio ihren sakralen Charakter von sich abgestreift hatte. In der ersten Hälfte des sechsten Jahrhunderts aber klangen Erinnerungen sicherlich noch stark genug nach, um auf diesem Wege eine Erleichterung der Bürgensponsion durchzusetzen.

Der Gedanke der *societas* erwies sich zu diesem Zwecke als äußerst fruchtbar: er bürgerte sich schnell ein, und wenn er zunächst in dem Regrefsrecht zu seinem natürlichen praktischen Ausdruck gekommen war, so drängte er weiter, und innerhalb eines Menschenalters ¹⁾ sehen wir ihn so erstarkt, daß

S. 26 ff. nicht geglückt ist (s. Pernice, *Labo* II 1 S. 273 Anm. 3). Jedenfalls läßt sich das „*interfuit*“ mit der zu vermutenden Formel der *actio legis Appuleiae* viel eher in Einklang setzen als mit der der *actio pro socio*. Ob in diesem Falle der Sinn der Stelle wirklich darin gefunden werden soll, daß der Sponsor durch die *actio ex stipulatu* des Nachweises der besonderen Voraussetzungen der *actio legis Appuleiae* überhoben sei, muß dahingestellt bleiben. Immerhin machte der Umstand, daß die *lex Appuleia* zu Ulpian's Zeiten nur noch in beschränktem Maße praktisch war (s. u. § 9), die Beschäftigung mit ihr noch nicht überflüssig, wie ja auch Paul. D. 50, 16, 32 (Lenel, Ed. 1. Aufl. S. 168, 2. Aufl. I p. 244) erweist.

1) S. o. S. 66.

er den Kampf mit dem Rechte des Gläubigers aufzunehmen vermag und den Sieg erringt. Die Frucht und die Dokumentierung des Sieges ist die *lex Furia*. Die Haftung des Sponsionsbürgen auf das Ganze wird durch die Teilhaftung verdrängt. Der Gläubiger kann sich fortan nicht mehr über die Gemeinschaft der Bürgen hinwegsetzen: er hat sie zu respektieren und zwar unter Bedingungen, die freilich im Wesen römischen Rechtes begründet lagen, seine Sicherheit aber leicht gefährden konnten: denn da die Teilung unter Zahlungsfähigen und -unfähigen in gleicher Weise eintrat und obenein das *tempus, quo pecunia peti potest*, als maßgebender Zeitpunkt zugrunde gelegt wurde, so mochte er mindestens mit einem Teile seiner Forderung schnell ausfallen ¹⁾. — Dazu bringt die *lex Furia* den

1) An dieser Darstellung würde sich auch dann nicht viel ändern, wenn die *lex Furia* wirklich, wie das neuerdings im Anschluß an Huschke (Gaius S. 87f.) Karlowa a. a. O. II S. 734f. unter dem Beifall Binders a. a. O. S. 286 entgegen der allgemeinen Meinung behauptet, in dieser Beziehung nur eine *lex minus quam perfecta* gewesen wäre, indem der Gläubiger auch nach dieser *lex* vom Sponsor die ganze Schuld hätte betreiben können und sich damit nur der in Gai. IV 22 überlieferten *legis actio* ausgesetzt hätte. Erst später sei die Haftung eine *ipso iure* geteilte geworden. (Ebenso jetzt mit teilweise neuen, aber keineswegs stichhaltigen Argumenten Girard l. c. p. 756 n. 1.) — Indessen ist diese Hypothese ebenso wenig notwendig wie mit den Quellen in Einklang zu bringen. Sie geht von der Annahme aus, daß die beiden Berichte des Gaius in III 121 und IV 22 mit einander in Widerspruch ständen und daher immer nur einer von beiden Sätzen Rechtens gewesen sein kann. Doch ist diese Schlussfolgerung verfehlt: a) die Klage aus Gai. IV 22 hat ihr Anwendungsgebiet, soweit die Einziehung der Forderung auf außergerichtlichem Wege stattfindet (vgl. Voigt, Über die *condictiones ob causam* S. 235 Anm. 162) und soweit aus irgendwelchem Grunde, z. B. infolge eines Irrtums über das Leben eines anderen Sponsors, die *plus petitio* im Prozesse gegen den Sponsor nicht berücksichtigt war: insoweit ist sie eine mindestens sehr zweckmäßige prozessrechtliche Ergänzung zu dem in III 121 mitgeteilten materiellen Rechtssatz. — b) Weiter hätte sich, wenn die *ipso-jure*-Teilhaftung wirklich erst das Ergebnis einer späteren Auslegung gewesen wäre, Gaius in III 121 einer solchen Ungenauigkeit schuldig gemacht, wie sie ihm anderenorts noch nicht nachgewiesen worden ist. Allerdings meint Cuq l. c. II p. 551 n. 5 — und gerade mit Rücksicht darauf kommt er zu gleichem Ergebnis wie Karlowa —: Gaius habe gar nicht „in *viriles partes obligantur*“, sondern vielmehr „*viriles partes hocabentur*“, „hoca-

akzessorischen Verpflichtungen die kurze Befristung ¹⁾ von zwei

bentur“ sei aber ein „mot altéré“ für „dare iubentur“ (ebenso Huschke a. a. O.) oder „praestabunt“ und enthalte daher nur eine Verpflichtung des Gläubigers, seine obligatio zu teilen. Diese Deutung des „hocabentur“ ist aber so willkürlich, daß eine Widerlegung der Ansicht kaum nötig scheint. Außerdem bedarf die herrschende Meinung auch gar nicht des in „hocabentur“ verdrehten Wortes, das sich am ehesten (vgl. Seckel-Kübler) als „vocabuntur“ lesen läßt, da das vorangehende „in tot partes deducitur inter eos obligatio“ eine hinreichende Stütze bietet. — c) Schließlich sehen sich Karlowa und Binder von ihrem Standpunkte aus genötigt, für die Zeit, in der sich die ipso-jure-Teilhaftung allmählich durchgesetzt hätte, das Abkommen der Rückforderungsklage aus IV 22 zu behaupten: es ist aber nicht gerade sehr wahrscheinlich, daß diese Klage gegen den kapitalskräftigen Creditor unpraktisch geworden sein soll, um den Sponsor ausschließlich auf den viel zweifelhafteren und jedenfalls beschwerlicheren Rückgriff gegenüber den Consponsoren zu verweisen, wie das Binder, ohne an die etwaige (vgl. Bekker, Aktionen I S. 103 ff., Karlowa a. a. O. II S. 761 ff., H. Krüger, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 21 S. 420 ff., W. Stintzing, Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte S. 17 ff., Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo [1904] S. 14 f. gegenüber Voigt, Cond. ob caus. S. 226 ff., v. Mayr, Condictio S. 95 ff.) *condictio sine causa* gegen den Creditor zu denken, geradezu ausspricht. Zudem scheint das auch der ausdrücklichen Überlieferung zu widerstreiten, welche uns durch Gaius in IV 109 berichtet, daß zu seiner Zeit jedenfalls noch *ex lege Furia* agiert wurde. Denn es wird damit wohl keine andere *lex* gemeint sein können als die *lex Furia de sponsu*, insbesondere nicht die nach Gai. II 225 längst veraltete *lex Furia testamentaria*: vgl. Lenel, Edikt 1. Aufl. S. 170 f., 2. Aufl. I p. 247, Mitteis, Ztschr. d. Sav.-St. Bd. 22 S. 114, Seckel-Kübler a. a. O. S. 229 zu Gai. IV 109. Die von Huschke, Zeitschr. f. d. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 311 f. hiergegen erhobenen und von Wlassak a. a. O. II S. 21 Anm. 23 geteilten Bedenken erledigen sich dadurch, daß, wie das von Lenel entdeckte Ulpianfragment II a (Sitzungsberichte d. Berliner Akad. [1904] S. 1165 f.; vgl. Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 25 S. 370 f.) erweist, „in *provincia*“ sehr wohl *ex lege Furia de sponsu* agiert werden konnte, wenn nur der Sponsor „in *Italia acceptus*“ war (s. darüber u. § 5). — Im Sinne der hier verfochtenen Anschauung (insbesondere gegen Huschke) jetzt übrigens ausführlich Ch. Appleton, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 p. 10 et ss., dessen hierher gehörigen Ausführungen im ganzen (vor allem p. 16 et ss.) beizutreten ist, der aber p. 15 n. 1 in Lenel mit Unrecht einen Gegner sieht, da die Lenelsche *exceptio* nicht, wie er und Girard l. c. p. 756 n. 1 glauben, die Ratenhaftung, sondern das *biennium legis Furiæ* betrifft (vgl. d. folg. Anm.).

1) Nicht eine Verjährung, die durch *exceptio* geltend zu machen ge-

Jahren ¹⁾ und damit eine weitere erhebliche Besserung der Lage der Bürgen: eine Reform, die den noch besonders bemerkenswerten Zug trägt, daß sie mit dem Sozietätsgedanken schon gar nichts mehr zu tun hat, sondern ausschliesslich aus den sozialen Strömungen ihre Erklärung herleitet ²⁾).

Die Umwälzung, die die *lex Furia* im Bürgenrecht hervorrief, war so gewaltig, daß mit einem Schlage — denn die *lex Appuleia* hatte ja im Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen

wesen wäre. Zwar behauptet Demelius, Untersuchungen aus dem römischen Zivilrechte (1856) S. 16 eine solche *exceptio*, und Lenel, *Edikt* 1. Aufl. S. 171 Anm. 1, 2. Aufl. I p. 247 n. 1 stimmt ihm zu, doch nimmt die herrschende Meinung, die von Appleton, *Zeitschr. d. Sav.-St.* Bd. 26 p. 17 sogar „*l'avis de tous*“ genannt wird, nach dem Vorgang Savignys, *System* IV S. 585, V S. 385 Anm. b (vgl. auch IV S. 301, VIII S. 79; in IV S. 441 Anm. s sind Sponsor und Fidepromissor versehendlich aus Beklagten zu Klägern geworden) mit Recht *Ipso-jure*-Liberierung an (neuerdings vgl. dazu E. Heymann, *Vorschützen der Verjährung* S. 14, 22 ff.). Dafür spricht denn auch die Darstellung des Gaius: das an sich schon dahin deutende (vgl. Eisele, *Archiv f. d. zivil. Pr.* Bd. 77 S. 413) „*liberantur*“ steht mit dem unbestrittenenmaßen eine *Ipso-jure*-Teilhaftung ausdrückenden „*in tot partes deducitur*“ auf ganz gleicher Stufe; eine *exceptio* wird nirgends erwähnt. Gleiches ergibt die Ausdrucksweise der auf die Sponsion bezüglichen *Digesten*-fragmente *Cass.-Venul. D.* 45, 3, 25 (Lenel, *Pal. II* S. 1222) und *Javol. D.* 44, 3, 4. Vollen Beweis liefern aber Stellen wie *Cels. D.* 46, 3, 71, 1 (Lenel, *Pal. I* S. 162) sowie namentlich *Papin. D.* 12, 6, 59 (Lenel, *Pal. I* S. 811), *Tryphon. D.* 46, 1, 69 (s. o. § 1 S. 4 Anm. 3) und *Ulp. D.* 17, 1, 29, 6 (Lenel, *Pal. II* S. 413), welche vom Standpunkte einer *exceptio legis Furiae* aus überhaupt keinen Sinn geben. Zudem: die *lex Furia* selbst konnte eine *exceptio* nicht statuieren (*Gai. IV* 108); soll man sie sich also etwa als eine *lex imperfecta* nach Art der *lex Cincia* vorstellen? Das mit dem „*lege Furia biennio liberantur*“ zu vereinigen, dürfte schwer halten. Aus demselben Grunde wird man an eine Präjudizialsponsion nicht denken können: diesem Allerweltsmittel dürften die Römer auch schwerlich die praktische Durchführung solcher Gesetzesnormen anvertraut haben.

1) Über die Berechnung derselben vgl. Huschke, *Gaius* S. 85, Karlowa a. a. O. II S. 784, Girard l. c. p. 762 n. 1, *Cuq l. c.* II p. 546 n. 3 (s. aber auch u. § 5).

2) Lediglich als ein Erzeugnis politischer Leidenschaft und als eine „*déviation de la saine logique*“ schilt das Gesetz Labbé in der Vorrede zu *Cuqs Institutions* p. X.

noch nichts geändert — die Rollen der Parteien sich vertauschten. War vorher die Sicherung des Gläubigers eine übermäßige gewesen und die Stellung des Bürgen zum Gläubiger der des Hauptschuldners wenn auch nicht moralisch, so doch rechtlich völlig gleich, so kehrte sich jetzt das Verhältnis gänzlich um. Der Bürge durfte auf das Ganze überhaupt nicht mehr in Anspruch genommen werden, auf seinen Teil aber auch nur innerhalb zweier Jahre von der Fälligkeit: und seit diesem Zeitpunkte stand der Betrag seines Teiles auch fest, mochten nun die übrigen Bürgen inzwischen zahlungsunfähig werden oder sterben: alle diese Gefahren trug jetzt der Gläubiger, nicht mehr er selbst.

Wenn so der Bürge im Verhältnis zu Gläubiger und Mitbürgen eine neue, eigenartig ausgeprägte Stellung gewann, so konnte sein Verhältnis zum Hauptschuldner gewiß nicht der Reformierung entraten. Denn hier widersprach der bisherige Zustand wenn nicht dem Bedürfnis der Praxis ¹⁾, so doch dem Wesen des Institutes vielleicht am allerunleidlichsten. Das Regressrecht gegen die Mitbürgen läßt sich fortdenken, ohne daß die Bürgschaft darum aufhören mußte, Bürgschaft zu sein; das Teilhaftungsrecht der mehreren Bürgen entspricht modernen Anschauungen überhaupt nicht mehr: der Rückgriff gegen den Hauptschuldner dagegen ist die notwendige Voraussetzung einer jeden wahren Bürgschaft; denn er löst erst die Frage, wer am letzten Ende die Vermögensminderung erleiden soll: ob Sponsor der Hauptschuldner oder Sponsor der Bürge. Solange das noch nicht von Rechts wegen feststand, sondern der Macht der Sitte anheimgestellt blieb, war die Schöpfung der Bürgschaft als eines selbständigen Gebildes im System des Rechtes auch noch nicht vollzogen.

Von dieser Erwägung aus läßt sich erst würdigen, welche eine grundlegende Bedeutung der *lex Publilia* zukommt, die durch die Einführung der *actio depensi* diese Regressklage

1) Vgl. o. § 2 S. 43. Doch mag sich auch in dieser Beziehung bei der zunehmenden Kompliziertheit der Verhältnisse eine rechtliche Regelung allmählich erwünscht gemacht haben.

statuierte ¹⁾. Es ist das seltsamerweise, soweit wir sehen, in dieser Deutlichkeit noch nicht hervorgehoben worden, obwohl die wissenschaftliche Begründung dieses Ergebnisses längst feststeht. Schon Bekker ²⁾, Dernburg ³⁾, Jhering ⁴⁾, Wlassak ⁵⁾ sowie neuerdings Girard ⁶⁾ haben an einzelnen Erscheinungen des Rechtes der hier in Frage kommenden Zeit überzeugend dargetan, daß diese eine *actio mandati* noch nicht kennen kann ⁷⁾: es ist ja so bezeichnend wie möglich, daß bereits Gaius ⁸⁾ sich den Grund für die *actio* gegen den Adstipulator, welche das zweite Kapitel der *lex Aquilia* einführt, nicht recht zu erklären weiß, „*cum actio mandati ad eam rem sufficeret*“: denn jene *actio* wäre ja auch tatsächlich nicht verständlich, wenn zur Zeit ihrer Einführung eine *actio mandati* bereits bestanden hätte ⁹⁾. So klar spricht sich nun Gaius bei der *actio depensi* allerdings nicht aus: nichtsdestoweniger ist sie doch nur die entsprechende Erscheinung auf der Passivseite ¹⁰⁾. Denn es ist schwer glaub-

1) Vgl. Gai. III 127, IV 22, 25, 102, 171.

2) Aktionen I S. 145 ff., besonders S. 149 und bereits früher (vgl. Karlowa, Der röm. Zivilprozeß zur Zeit der Legisaktionen S. 128 Anm. 4).

3) Kompensation ² S. 54 f.

4) Schuldmoment S. 34 f.; vgl. auch Mommsen, Röm. Gesch. ⁹ I S. 150 f.

5) Zur Gesch. der *negotiorum gestio* S. 77 ff.

6) I. c. p. 580 n. 2, 522 n. 2; vgl. auch p. 758; s. ferner Cuq I. c. I ¹ p. 650, 652, 703, I ² p. 239.

7) Dagegen freilich Karlowa, Legisaktionen S. 127 ff., insbes. S. 144; Röm. Rechtsgesch. II S. 663 ff.

8) III 215, 216.

9) Vgl. auch Pernice, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 19 S. 178.

10) Siehe auch Salpius a. a. O. S. 53 Anm. 5; Wlassak a. a. O. S. 81. — Demgegenüber glaubt Eisele, Beitr. z. röm. Rechtsgeschichte S. 25 ff. freilich einen dogmatischen Unterschied zwischen den Voraussetzungen der *actiones depensi* und *mandati* zu finden, indem er die erstere auch noch zu Gaius' Zeiten nur nach vorangegangener förmlicher *dependere per aes et libram* zuständig sein läßt. Allein seine durch kein ausdrückliches Zeugnis gestützten Ausführungen scheinen nicht beweisend und insbesondere im Widerspruch mit Gai. III 127, wo Gaius auch für die *actio*, „*quae appellatur depensi*“ nur ein *solvere* seitens des Sponsors erfordert. Auch sonst verwendet das klassische Recht „*dependere*“ ohne weiteres im Sinne von „*solvere*“: vgl. z. B. Ulp. D. 12, 6, 42; Ulp. D. 18, 4, 2, 16. —

lich, daß, hätte man nur eine strikte und verschärfte Haftung des Hauptschuldners bezweckt, man deswegen zu einer besonderen actio gegriffen und nicht die vorhandene allgemeine Mandatsklage nach dieser Richtung ausgebaut hätte. Deren Existenz in dieser Zeit ist aber auch aus allgemeinen Gründen zu verneinen, die freilich hier nur angedeutet, nicht ausgeführt werden können. Es darf als ziemlich sicher angenommen werden, daß auch die actio mandati ursprünglich in factum gefaßt war, also ein Edikt des Prätors voraussetzte. Zur Zeit der Schaffung der actio depensi aber, welche lege Publilia „prodita“, also eine legis actio ist, „edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur“¹⁾. Gab es somit eine actio mandati nicht, so datiert das Regrefsrecht gegen den Hauptschuldner erst von der lex Publilia.

Diese großen Veränderungen in der Stellung des Bürgen konnten auf die rechtliche Subsumierung der Bürgschaft nicht ohne Rückschlag bleiben. Schon jedes Moment, das die Lage des Bürgen gegenüber dem Gläubiger verbesserte, mußte die Kluft zwischen Hauptschuldner und Bürgen notwendig erweitern: bestand diese ursprünglich nur auf dem Gebiete der Sitte und machte sie sich innerhalb des Zivilrechtes alsdann durch die Einbürgerung der Unvererblichkeit der Bürgschaftsobligatio zum ersten Male und auch nur wenig bemerklich, so verbreiterte sie sich durch die Reformen der lex Furia mit einem Male ins Unübersehbare. Noch eindringlicher wurde durch die lex Publilia die grundsätzliche Verschiedenheit zwischen prinzipaler und akzessorischer Schuld nun endgültig und vollständig in das Recht

Die im Ergebnis mit Eisele sich berührenden Darlegungen Appletons, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 p. 36 n. 1 i. f., p. 48 n. 1, denen sich nunmehr Girard l. c. p. 758 n. 2 anschließt, werden dadurch hinfällig, daß, soweit wir wissen, die manus iniectio pro iudicato aus der lex Publilia ebenso wenig ein vorangegangenes Judikat gegen den Sponsor voraussetzte wie die aus der lex Furia de sponsu. Irrtümlich bezeichnet Appleton auch die von der lex Furia testamentaria konstituierte manus iniectio als m. i. pro iudicato. — Für die alte Zeit stimmt Mitteis a. a. O. Bd. 22 S. 117 Eisele zu.

1) Gai. IV 11, wozu Wlassak, Röm. Prozeßgesetze II S. 304 f. und Girard, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 14 p. 14 n. 2, p. 15 n. 2 zu vergleichen.

übertragen und sogar gesetzlich sanktioniert. Damit war die Unmöglichkeit gegeben, daß fortan Sponsor der Hauptschuldner und Sponsor der Bürge ununterscheidbar neben einander spondieren und in dieser Beziehung allein die unkontrollierten, formlosen, nicht feierlichen Vorabreden entscheiden sollten. Das war früher denkbar und sogar angebracht gewesen, als eben kein rechtlicher Unterschied bestand. Nun dieser aber zur Evidenz in Erscheinung getreten war, mußte auch die Begründungshandlung dem Rechnung tragen, ansonst sie die Rechtslage mehr verdunkelt als klargelegt hätte: und das um so mehr, als sich die ganze Verhandlung auf einige wenige Worte zusammendrängte und diese maßgebenden Worte in den Fällen der prinzipalen und der akzessorischen Sponsion genau identisch waren. Dieser Übelstand mußte sich nach dem Inkrafttreten der *leges Furia* und *Pubilia* sofort fühlbar machen und nach schleunigster Abwehr verlangen.

Aber die war nicht so einfach, wenigstens für die Römer nicht. Denn das bequemste Mittel, für den Sponsionsbürgen nun eine neue Spondierungsart einzuführen, die sich von der Formel des Korrealschuldners deutlich abgehoben hätte, wäre unleidlich gewesen. Man hatte sich an die alte Formel nun einmal gewöhnt, und schließlich waren die beiden ausschlaggebenden Worte, das „idem“ und das „spondes“ nicht nur die bezeichnendsten, sondern auch die einzig richtigen: eine Sponsion blieb das Versprechen doch jedenfalls, und das „idem“ konnte man erst recht nicht aufgeben, da es den Zusammenhang der beiden Obligationen begründete und vor allem auch die Anwendung der Regel „*de eadem re ne bis sit actio*“ ermöglichte. Man ließ daher die Sponsionsformel unberührt und vertraute das Unterscheidungsmerkmal einem Satze an, welcher dem Frage- und Antwortspiel voranging.

Schon unmittelbar nach dem Inkrafttreten der *lex Furia* mag sich der Gebrauch entwickelt haben, daß der Gläubiger sich selbst sowie Bürgen und Hauptschuldner vor dem Verpflichtungsakte nochmals darüber vergewisserte, wer von den Sponsoren ihm unbeschränkt und wer nur nach Maßgabe der *lex Furia* hafte: das war bei der oft großen Zahl von Spondierenden natürlich und außer-

ordentlich zweckmäßig, weil geeignet, künftigen Streitigkeiten vorzubeugen. An diese Übung anzuknüpfen, lag deshalb nahe genug. Es wurde nun gesetzlich vorgesehen, daß der Gläubiger die Sponsoren, welche er als Hauptschuldner, und diejenigen, die er als Bürgen anspreche, selbst klar und öffentlich als solche bezeichne. Vor Zeugen („palam“) ¹⁾ sollte er verkünden („praedicere“), betreffs welcher Sache er Bürgen nähme, wie viele und wer dieselben wären: das letztere sagt Gaius ²⁾ zwar nicht ausdrücklich, doch wird man es annehmen müssen ³⁾; denn die Zahl der Bürgen ist ja für sich allein noch ohne Belang und sie zu wissen, kann dem einzelnen unter ihnen wenig nützen: ihm müssen vielmehr gerade die Personen bezeichnet werden, damit er sich später zur Zeit der Fälligkeit der Schuld vergewissern kann, wer von ihnen noch lebt und auffindbar ist, und ihm danach eine Berechnung seines Schuldteils möglich gemacht wird. Diese Vermutung wird vorzüglich noch unterstützt durch die Annahme Appletons, es sei Sitte gewesen, daß die Bürgen sich die Namen ihrer Mitbürgen schriftlich fixierten ⁴⁾: es wäre auf diesem Wege dann jedenfalls eine treffliche Erklärung für die rätselhafte „tabula consponsorum“ gefunden, von der Cicero ⁵⁾ spricht.

Indessen bedarf diese Deutung der lex Cicereia, aus der sich gleichzeitig ergibt, daß zwischen ihr und der lex Furia

1) Vgl. Ulp. D. 50, 16, 33; daß diese Stelle hierher zu beziehen ist, macht ihre Inschrift (lib. 21 ad ed.) wahrscheinlich und wird heute auch allgemein vermutet: s. Girtanner a. a. O. S. 18 Anm. 26; Hasenbalg a. a. O. S. 19 Anm. 20; Rudorff in Puchtas Institutionen II S. 323 Anm. s; Lenel, Edikt 1. Aufl. S. 167 Anm. 5, 2. Aufl. I p. 243 n. 3; Pal. II S. 541; Karlowa a. a. O. II S. 735.

2) III 123.

3) So auch Appleton, Revue l. c. p. 554, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 p. 11 n. 8.

4) Dagegen ging Appleton wohl zu weit, wenn er in dem früheren Aufsätze außerdem offizielle schriftliche Aufnahme vermutete: dem widerspricht einmal der Name des praedicere, und dann gehört doch das Aufkommen der schriftlichen cautio einer weit späteren Zeit an: vgl. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 459 ff., namentlich S. 492 ff.

5) Ad Att. 12, 17.

kein langer Zeitraum liegen kann ¹⁾, einer Rechtfertigung, weil sie mit den üblichen Versuchen in striktem Widerspruche steht. — Es treffen die Ansichten nur in dem Punkte zusammen, daß sich die *lex Cicereia* als unmittelbare Folgeerscheinung der *lex Furia* darstellt. Daß man sich aber bislang darauf beschränkte, die gesicherte Anwendbarkeit der Ratenhaftungsbestimmung der *lex Furia* als alleinigen Zweck der *lex Cicereia* zu fassen, hat zunächst seinen Grund wohl darin, daß Gaius in III 123 von den Sponsoren und Fidepromissoren immer nur im Plural redet ²⁾. Es braucht aber nur gesagt zu werden, daß diese Ausdrucksweise auch unserer Auffassung nicht entgegensteht: denn würde das Gesetz nur im Singular gesprochen haben, wie hätte es die auf die Ratenhaftung hinzielende Anordnung des „*praedicere, quot sponsores . . .*“ zum Ausdruck bringen sollen? Andererseits ist, falls nicht besondere Umstände dagegen sprechen, in dem Plural der Singular ebenso gut enthalten wie umgekehrt im Singular der Plural ³⁾, und so macht auch unser Bericht keineswegs den Eindruck, als ob die *lex* es nur mit mehreren Bürgen zu tun habe; vielmehr lassen beide Fragen, sowohl das „*de qua re satis accipiat*“ wie das „*quot sponsores . . . accepturus sit*“ sehr wohl die Beziehung auf einen Einzelbürgen zu.

Jener Plural wäre denn auch schwerlich zur Grundlage der herrschenden Meinung geworden, wenn man den Umstand beachtet hätte, daß es bis zur *lex Cicereia* noch gar kein Mittel gab, den Bürgen vom Hauptschuldner zu unterscheiden. Diese Aufgabe, deren Erfüllung nun nach den *leges Furia* und *Pubilia* keinen Aufschub mehr litt, mußte in allererster Linie auf irgend eine

1) Siehe oben S. 65 f.

2) Das ist auf Grund des ganzen Verlaufes der Stelle sicher: der im Anfang stehende Relativsatz „*qui sponsores aut fidepromissores accipiat*“ allein würde es nicht erweisen, da die Endung beider Substantiva im *Apo-graphum* (Studemund S. 161) durch ein bloßes *ꝥ* bezeichnet ist, dieses aber, wie Apogr. 4, 11; 7, 9; 16, 22; 175, 16 und 230, 22 zeigen (vgl. Studemund S. 298), ebenso gut für „-rem“ stehen könnte wie für „-res“.

3) Vgl. z. B. Gai. III 119 „*illi . . . accedere possunt*“ gegenüber III 119^a „*fideiussor adici potest*“, III 121 „*sponsor et fidepromissor*“ gegenüber „*fideiussores*“ sowie allgemein Ulp. D. 27, 6, 1, 4; Ulp. D. 38, 4, 1, 1; Marcian. 35, 1, 33, 4.

Weise angegriffen werden: ist es da nun nicht außerordentlich naheliegend, die Bedeutung und den Zweck der *lex Cicereia*, die doch tatsächlich durch ihr *praedicere* diese Aufgabe gelöst hat, vielmehr gerade darin zu erkennen? Wozu sonst das „*palam praedicere*“? wozu vor allem die merkwürdige Bestimmung, daß mangels eines *praedicere* die Bürgen innerhalb einer Deliberationsfrist von 30 Tagen das Recht haben sollen, gegen den Gläubiger auf Feststellung zu klagen, daß er nicht prädiiziert habe, und die sonderbare Folgerung, daß sie erst durch das Judikat zu ihren Gunsten von ihrer Verbindlichkeit frei werden? Dieser schwerfällige Apparat muß doch etwas zu bedeuten haben. Er hätte aber gar zu wenig zu bedeuten, wenn er nur dem Ziele gedient hätte, die Bürgen über die Anzahl ihrer Mitbürgen sicher zu machen. Das hätte viel einfacher durch die Bestimmung geschehen können, daß der Mangel eines *praedicere* die Bürgen *eo ipso* befreien solle. Der innerhalb bestimmter Frist einzuleitende Prozeß kann vielmehr allein den Sinn haben, darüber Klarheit zu schaffen, ob die klagenden Sponsoren als Hauptschuldner oder Bürgen angenommen seien. Stellte sich ihre Bürgeneigenschaft heraus, dann wurden sie frei, weil der Gläubiger nicht prädiiziert, d. h. ihre Bürgeneigenschaft nicht anerkannt hatte. Entgegengesetzten Falls war ein *praedicere* nicht notwendig: die Sponsoren wurden im Falle der Klage also abgewiesen.

Hier zu einer endgültigen Feststellung zu gelangen, mochte oft nicht einfach sein, und sie auf den ordentlichen Prozeßweg zu verweisen, war das Nächstliegende und muß noch vom modernen Standpunkt aus als eine sachgemäße Lösung anerkannt werden. Soll man hingegen den Römern tatsächlich zutrauen, wie es die herrschende Meinung tut, daß sie ihre Gerichtsorgane zur Prüfung einer Frage hergegeben hätten, welche juristische Gesichtspunkte überhaupt nicht aufzeigte, zu einer höchst einfachen bloßen Tatfrage, welche in einem späteren Prozeß, sobald sie von Belang wurde, mit Leichtigkeit inzidenter hätte erledigt werden können? Zudem: wenn man wußte, wie bedeutungsvoll das *praedicere* beim Sponsionsakte war, warum erklärte man nicht bei diesem Akte selbst die etwa in der auch

sonst im Legisaktionenverfahren üblichen Form ¹⁾ zu treffende Feststellung für wesentlich, daß der Gläubiger prädictiert hatte? Und schließlich: warum statuierte man nicht schlechthin die Verpflichtung eines jeden Bürgen, welcher sponsiert hatte, auf das Ganze aus dem gewiß sehr rationellen Grunde, daß es ja durchaus in seiner Hand gelegen hätte, seine Sponsion zu verweigern, wenn ihr nicht, wie vorgeschrieben, ein *praedicere* vorausgegangen war? Damit hätte die nach Gaius' Zitat bei „et nisi praedixerit“ beginnende ganze letzte Hälfte der *lex* fortfallen können: und ihr Zweck wäre nicht nur ebenso gut, sondern weit besser, weil einfacher und unzweifelhafter erreicht worden, da das Recht sich nicht erst mittelbar auf Grund einer nachträglichen Beweisaufnahme hätte durchzusetzen brauchen. Ihr Zweck war aber eben nicht dieser, und das folgende *praeiudicium* lautete auch gar nicht, wie das nach der herrschenden Meinung angenommen werden mußte, auf ein bloßes „an praedictum sit“. Vielmehr mußte es sogar umgekehrt, sollte der Prätor nicht das postulierte *praeiudicium* denegieren, bereits in iure feststehen, daß der Gläubiger nicht prädictiert hatte („nisi praedixerit, permittitur . . .“): Gegenstand des Präjudiciums selbst war daher lediglich, wie das Gaius auch ausdrücklich sagt, die Frage „an ex ea lege praedictum sit“, ob nämlich ein solches „*praedicere ex ea lege*“ überhaupt erforderlich war ²⁾: das war es aber nur bei Sponsionsbürgen, nicht auch bei prinzipalen Sponsoren: also stand im letzten Grunde diese Alternative zur Entscheidung.

1) Wie z. B. auf das „*vindictam inposui*“ bei der Vindikation später ein „*sicut vindictam inposui*“ folgt: s. Gai. IV 16.

2) Die herrschende Meinung könnte sich zwar damit salviaen, daß das „*ex ea lege*“ auf die Formvorschrift des „*palam*“ und den speziellen Inhalt dieses *praedicere* hinweise: diese Erklärung wäre aber immerhin ärmlich, weil ein gegen diese Erfordernisse verstößendes *praedicere* eben gar kein *praedicere* war und das nicht erst vom Gerichte hätte festgestellt zu werden brauchen. Auch wäre es befremdend, wenn die Römer an einen kleinen Verstoß dieser Art, der den Zweck des *praedicere* gar nicht berührt hätte, die Folge der gänzlichen Liberierung des Bürgen geknüpft hätten.

Ein weiteres Argument bietet die dreißigtägige Überlegungsfrist. Sie so aufzufassen, wie es Girard ¹⁾ tut, als gelte sie zu Gunsten des Gläubigers, ist undenkbar, weil das mit dem klaren Wortlaut des Gaius „*permittitur sponsoribus et fidepromissoribus intra diem XXX. praeiudicium postulare*“ und mit der weiteren Bestimmung, daß das *praedicere*, wie der Name und das „*accepturus sit*“ besagen, der Sponsion vorausgehen muß, im schroffsten Widerspruch steht. Besteht die Frist aber für den Sponsor, was soll sie denn dann für einen Sinn haben? Daran, daß der Sponsor sich darüber klar werden sollte, ob der Gläubiger prädiiziert habe oder nicht, wird man doch wohl nicht denken wollen: so nervös waren wohl die Römer nicht, um einer nachträglichen Zergrübelung über eine Tatsache vor dem gegenwärtigen Erleben derselben den Vorzug der Authentizität einzuräumen. Soll damit aber die Verzichtbarkeit des *praedicere* Ausdruck gefunden haben, so ist dieser Verzicht vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus doch auch wieder allzu winzig, um diesen Apparat zu rechtfertigen: denn gab der Bürge damit etwa sein ihm durch die *lex Furia* verliehenes Recht der Ratenhaftung auf? oder war es ihm nunmehr verwehrt, seinerseits die übrigen Sponsoren ausfindig zu machen und sich von ihnen alle erdenklichen Beweise über ihre Spondierung in die Hand geben zu lassen? Davon kann gar keine Rede sein: der Ablauf der Frist beraubte ihn nur eines einzigen aus der unbeschränkten Zahl seiner Beweismittel, das sich leicht und reichlich ersetzen liefs. Man wende nicht ein, daß das Ende der Frist ihn um seine Liberierung brachte: denn das wäre unlogisch. Nicht um frei zu werden, verbürgt man sich, sondern vielmehr um zu haften. Aber man will nur insoweit haften, als das Gesetz es gebietet. Und nur um dem Bürgen die Erleichterungen, die ihm gesetzlich zuteil wurden, sicherzustellen, hat man den Gläubiger gezwungen, diese Vergünstigungen jedesmal seinerseits durch das *praedicere* mittelbar zu gewährleisten, und ihm für die Zuwiderhandlung die völlige Befreiung des Bürgen angedroht.

1) L. c. p. 756 n. 2, wo er auch versehentlich die Frist auf **zwanzig** Tage verkürzt. In seinem Gaiustext (*Textes* p. 246) hat er richtig „**XXX**“.

Um so plausibler erscheint die Deliberationsfrist von unserem Standpunkte. Allerdings geht auch nach dieser Auffassung mit dem Ablauf der Frist nur ein Beweismittel verloren: aber ein unersetzbares und deshalb so wichtiges, daß mit ihm auch das Recht selbst eingebüßt scheint. Denn woher sonst will der Sponsor den Nachweis seiner Bürgeneigenschaft erbringen? Je zuverlässiger und wirksamer die Waffe war, die ihm das Gesetz mit dem Recht auf ein *praedicere* in die Hand gegeben, um so mehr mußte es auch fordern, daß er sich ihrer bediene, und wie ein Gegenbeweis gegen ein erfolgtes *praedicere* schwerlich zugelassen worden sein mag, so wird es auch nur ganz ausnahmsweise einem Sponsor haben gelingen können, die aus dem Mangel eines *praedicere* sich ergebende Vermutung seiner Hauptschuldnerschaft zu widerlegen. So bedeutete denn der Verzicht des Sponsors auf das *praedicere* regelmäßig den Schritt, der ihn vom Bürgen zum *correat* debendi machte. Ein solcher Schritt will aber wohl überlegt sein. Freilich konnte man von dem Sponsor wohl verlangen, daß er seine Überlegung vor dem Zeitpunkt der Spondierung abschloß, und so werden denn Fälle wie der, daß der Sponsor über die Eigenschaft, in der er spondiere, selbst nicht im klaren gewesen sei, oder der, daß er vom Gläubiger zum Verzicht auf das *praedicere* bestimmt, gegen dessen Versicherungen später mißtrauisch geworden sein mochte, de lege ferenda nicht in Betracht gekommen sein. Ihre eigentliche Bedeutung offenbart die Frist erst, wenn man daran denkt, daß gerade bei den Verträgen, welche das Hauptanwendungsgebiet der Bürgschaft darstellen, bei Darlehns- und Stundungsverträgen die Stellung der beiden Kontrahenten keineswegs eine gleiche, sondern der übermächtige Gläubiger in der Lage ist, den Abreden das Gepräge zu geben. So mochte es leicht vorkommen, daß er nur dann sich zur Hingabe des Darlehns oder zur Stundung bereit fand, wenn die für den Schuldner eintretenden Bürgen ein *praedicere* nicht verlangten und bei der Spondierung des Hauptschuldners gleichfalls spondierten, ohne die Unterlassung des *praedicere* zu rügen. Riß ein solcher Brauch aber ein, so war damit die Prädiktionspflicht des Gläubigers und folgeweise der ganze Zweck des Gesetzes illusorisch

gemacht und der Bürge bei der Geltendmachung der ihm aus den vorangegangenen Gesetzen zustehenden Sonderrechte auf den guten Willen namentlich des Gläubigers ¹⁾ angewiesen. Dem konnte das Gesetz nur entgegenreten, wenn es den Verzicht auf das *praedicere* wenn nicht ausschloß, so doch erheblich erschwerte ²⁾. Diesem Zweck entsprach aber die nur zugunsten der Bürgen laufende dreißigtägige *Deliberationsfrist* vorzüglich. Der Gläubiger selbst war gebunden und hatte seinerseits durch die mit der *Stipulation* verbundene, vor, nach oder gleichzeitig mit ihr erfolgende ³⁾ *Numeration* oder aber durch die zum Zweck der *Stundung* in die *Sponsionsformel* eingefügte *Fristbestimmung* seine Verpflichtung erfüllt. Trotzdem war er während der verhältnismäßig langen Zeit von einem Monat der Gefahr ausgesetzt, seiner Rechte gegen die Bürgen völlig verlustig zu gehen, wenn er nicht *prädisiert* hatte. Dafs unter diesen Umständen

1) Auch des Schuldners, soweit die *actio depensi* in Betracht kam. Aber wie der Bürge vor Einführung der *lex Publilia* den noch solventen *Reus* schwerlich vergebens zur Erstattung des Gezahlten aufgefordert haben mochte, so wenig konnte in der Regel der mit der *actio depensi* Belangte es wagen, den rechtlich ihm zustehenden Einwand der mangelnden Bürgenqualität zu erheben: vgl. dazu oben S. 43 f., 74 Anm. 1.

2) Wenn jemand für die Schuld eines anderen durchaus als prinzipaler *Correus* eintreten wollte, so konnte man das allerdings nicht verhindern, wohl aber kam die Erschwerung eines solchen Verzichtes dem Zuge der Zeit entgegen, welche die Einschränkung der Haftung der Bürgen überhaupt nach Möglichkeit von deren Willen unabhängig zu machen suchte (vgl. ob. § 3 S. 57 Anm. 1): beide *beneficia legis Furiae* galten, so einschneidend sie waren, ohne Rücksicht auf den Parteiwillen; vgl. bezüglich der *Ratenhaftung* ob. S. 71 Anm. 1, bezüglich des *biennium* ob. S. 72 Anm. 1 und in letzterer Beziehung besonders Heymann, *Vorschützen der Verjährung* S. 23.

3) Wurde die *Numeration*, die nach der *Sponsion* stattfinden sollte vom Gläubiger unterlassen, so war entweder mangels Erfüllung der Schuldner und damit auch der Bürge überhaupt noch nicht gebunden (*Scaev. D. 14 6, 6; Paul. D. 12, 1, 30; Paul. D. 20, 3, 4*), oder aber sie konnten einer, etwaigen Inanspruchnahme durch *exceptio* begegnen (*Gai. IV 116**): vgl. *Karlowa a. a. O. II S. 718*. Doch mochte der Bürge, auch wenn innerhalb der dreißig Tage keine Zahlung erfolgt war, das *praesudicium* postulieren, da eine nachträgliche Zahlung sein *Postulationsrecht* schwerlich wieder auferstehen liefs.

die Anordnung des praedicere den Charakter fast einer zwingenden Vorschrift erhielt, wird sich nicht leugnen lassen.

Es ergibt sich also, je mehr wir in den Inhalt der lex Cicereia eindringen, desto gewisser, daß deren Bestimmungen einem Zwecke adäquat sind, wie wir ihn voraussetzen, nimmermehr aber sich der Funktion anpassen, der zu dienen sie nach der herrschenden Meinung berufen sein sollen. Indessen haben wir bisher in der Hauptsache nur mit dem zweiten Teile der lex operiert, der vielleicht noch einmal von der gegnerischen Seite eine andere Beleuchtung erfahren könnte, sofern sie ihm bisher überhaupt jede eingehendere Betrachtung versagt hat. Es gilt nun zu zeigen, daß auch der erste Teil, der die prinzipielle Bestimmung enthält und allgemein Beachtung gefunden hat, auf dem Boden der Gegenansicht keinen vernünftigen Sinn gibt und deshalb eine andere Auslegung aufs dringendste erfordert.

Zunächst ist bereits oben ¹⁾ im Hinblick auf Gai. III 177 erwiesen, daß noch Gaius zur Sponsionsverbürgung die gleichzeitige Verpflichtung von Hauptschuldner und Bürgen verlangte. Aus III 178 ergibt sich weiter, daß von den Vertretern der prokulianischen Schule eine Ansicht ausging, welche eine nachträgliche Spondierung gestattete ²⁾: woraus sich als zweifelloses Ergebnis ableiten läßt, daß zur Zeit der lex Cicereia die unitas actus noch ausnahmslose Notwendigkeit war, was die Verpflichtung von Hauptschuldner und Bürgen anlangt. Daraus ist aber ohne weiteres ersichtlich, daß auch alle Sponsionsbürgen unter einander uno actu die Verbindlichkeit übernehmen mußten. So wurde die ganze Schuld mit all ihren akzessorischen Nebenverpflichtungen notwendig durch eine einzige Verhandlung zur Entstehung gebracht. In diesem Sinne haben denn auch Liebe ³⁾, Bekker ⁴⁾ und anscheinend Sohm ⁵⁾ die lex Cicereia verstanden, ja aus ihr geradezu das Erfordernis der unitas actus hergeleitet.

1) § 2 S. 37 f.

2) S. u. S. 88 ff.

3) A. a. O. S. 226.

4) Proc. Cons. S. 189.

5) A. a. O. S. 380 Anm. 3.

Trotzdem hat sich der *lex* gegenüber die überwiegende Meinung auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen zu müssen geglaubt. Sowohl Huschke ¹⁾ wie Salpius ²⁾, Hasenbalg ³⁾ wie Appleton ⁴⁾, Karlowa ⁵⁾ wie Binder ⁶⁾, ja auch Girard ⁷⁾ setzen teils ausdrücklich, teils als selbstverständlich voraus, daß die mehreren Bürgen sich getrennt verpflichten. Zwar wagt es nur Appleton, das deutliche „*accepturus sit*“ wie ein „*acceperit*“ zu verstehen; die übrigen suchen das Futurum äußerlich zu wahren: indes wenn Hasenbalg übersetzt: wie viele Sponsoren er „neben sich haben bzw. vorfinden werde“, dann hat er sich in Wahrheit auch zum Perfektum gewandt. Dabei sollte das „*accepturus*“ zu denken gegeben haben: der genaue Gaius hätte doch sonst sicher ein „*acceperitve*“ hinzugefügt, insbesondere wenn er einen der alten Gesetzestexte wiedergab, die sich doch gerade in übertriebener Sorgfalt der genauen Präzisierung der möglichen Tempora nicht genügen können. Man kann dagegen auch nicht erwidern, daß das „*accepturus*“ sich mindestens neutral verhalte, indem es jedenfalls keine Gleichzeitigkeit, sondern eine Aufeinanderfolge ausdrücke. Denn es hat sehr wohl seine Berechtigung: da das *praedicere* sicherlich ⁸⁾ dem Akte vorherging, wovon es ja seinen Namen hat, so mußte das korrekte Gesetz notwendig zum Futurum greifen.

Es ist aber leicht einzusehen, warum die Gegner die Gleichzeitigkeit nicht wahr haben wollen. Denn übernahmen alle Bürgen zusammen ihre Schuld, so ist der allseitig behauptete Zweck der *lex* doch überhaupt überflüssig. Jeder Sponsor sieht ja, mit wem zusammen er verspricht, und nur das kann ihm

1) Gaius S. 90.

2) Novation S. 168.

3) A. a. O. S. 480.

4) *Revue l. c.* p. 553 sq., der p. 553 n. 1 Fresquet als Vertreter unserer Ansicht anführt; es war uns aber nicht möglich, dessen Arbeit zu benutzen.

5) A. a. O. II S. 735.

6) A. a. O. S. 142.

7) *L. c.* p. 748 n. 4; vgl. ob. § 2 S. 38 Anm. 2 a. E.

8) Wie z. B. auch Hasenbalg a. a. O. S. 18 f. und Karlowa a. a. O. II S. 735 annehmen.

unklar sein, in welcher Eigenschaft die übrigen spondieren: aber wie viele es sind, das brauchte er von keinem Gläubiger zu erfahren. Zudem: wenn es gestattet gewesen wäre, sich nachträglich Bürgen hinzuzuverpflichten, so konnte der Gläubiger doch immer noch nicht wissen, ob er nicht bei geeigneter Gelegenheit sich noch mehr Bürgen stellen lassen würde, als er ursprünglich beabsichtigt hatte. Sollten diese überschießenden Bürgschaften etwa nichtig sein? Das hätte weder im Interesse des Gläubigers noch des Schuldners noch der früher bestellten Bürgen gelegen und ist auch nie behauptet worden. Das praedicere konnte dann also höchstens die voraussichtliche Gestaltung des Rechtsverhältnisses dartun, und auch Karlowa ¹⁾ muß zugeben: „Natürlich bezog sich die Pflicht jenes Praedicere nur auf die Sponsoren und Fidepromissores, von deren bevorstehendem Eintreten der Gläubiger schon Kenntnis hatte“. Was hatte das praedicere aber für einen Wert, wenn man sich nicht darauf verlassen konnte? — Und umgekehrt: wenn eine vom Gläubiger in Aussicht genommene Verbürgung sich zerschlagen hatte, sollte dann für die übrigen Bürgen das praedicere maßgebend sein und der Gläubiger noch nicht einmal von allen Bürgen zusammen die Erfüllung der ihm zustehenden Forderung verlangen können? Oder sollte dann nicht vielmehr auch hier wieder das praedicere den tatsächlichen Geschehnissen weichen müssen und so zur sinnlosen Farce werden? Man sieht es: soviele Möglichkeiten man erwägt, so viele Unmöglichkeiten ergeben sich, solange man die Getrenntheit der Verbürgungen voraussetzt: und es ist demnach nicht zu viel gesagt, wenn wir die herrschende Auslegung für in jeder Beziehung unzulänglich halten. Sucht man aber nach einer anderen Erklärung, so wird man der vorgetragenen in dogmatischer sowohl wie in historischer Hinsicht einige Wahrscheinlichkeit zuerkennen müssen.

§ 5.

Spätere Entwicklung der Sponsio.

Nachdem so die Sponsionsbürgschaft ihre rechtliche Sonderexistenz und Selbständigkeit errungen hatte, war allem Anschein

1) A. a. O. II S. 736.

nach ihre Entwicklung auf lange Zeit hin zum Abschlufs gelangt. Die wahrscheinlich etwa ein Jahrhundert später anzusetzende ¹⁾ lex Cornelia führte, soweit wir wissen, die erste grössere Neuerung ein, aber sie gibt sich ihrem ganzen Inhalte nach als ein rein politisches Erzeugnis ihrer Tage zu erkennen, das die Bürgschaften äusserlich nach einem Höchstbetrag der Verpflichtungssumme strikt beschränkte, ohne auf das Wesen des Instituts irgendwie einzuwirken.

Von um so grösserer Bedeutung für die juristische Betrachtung ist eine Wandelung, die ein reichliches Jahrhundert weiter unter dem offenbaren Einflusse der für die inzwischen aufgekommene ²⁾ Fidejussio geltenden Regeln sich vollzog ³⁾. Wie Gaius in dem oben ⁴⁾ mitgetheilten III § 178 berichtet, wollte es die proculianische Schule ⁵⁾ nicht mehr als eine Novation betrachten, wenn ein Sponsionsbürge sich nach der Spondierung der Hauptschuld verpflichtete oder umgekehrt aus seiner Verbindlichkeit entlassen wurde ⁶⁾. Damit war eine nachträgliche

1) Vgl. u. S. 118.

2) S. u. S. 121 ff.

3) S. u. S. 128 f.

4) S. 37.

5) Näher spricht sich Gaius nicht aus: es ist daher *cum grano salis* zu verstehen, wenn wir die Neuerung im Laufe der Arbeit der Kürze halber Proculus selbst zuschreiben.

6) Weiter will Gaius, wie die Begründung zeigt, gar nichts sagen: insbesondere auch nichts davon, daß, wie Salpius a. a. O. S. 176, Salkowski a. a. O. S. 178 Anm. 58, Merkel a. a. O. S. 55 und Karlowa a. a. O. II S. 741 meinen, Proculus in dem Hinzutritt des Sponsors kein novum mehr habe erblicken wollen. Die Frage nach dem novum konnte ja auch gar nicht mehr aufkommen, wenn schon die äussere Form einen Zweifel darüber, daß eine Sponsionsverbürgung und keine Novation gewollt sei, abschneitt. — Offenbar unrichtig verstehen die Stelle Bekker, Proc. Cons. S. 190 und Gide l. c. p. 112sq., indem sie interpretieren, als ob statt „sponsoris adiectionem aut detractiorem“ etwa „alteram rei (principalis) sponsonem“ geschrieben stände. Daß, wenn der Hauptschuldner selbst noch einmal spondierte, die erste Obligation noviert werde, hat sicherlich nie jemand bezweifelt. Anderenfalls wäre ja die zweite Obligation in Ansehung des Hauptschuldners nichtig gewesen, und es hätte sich unter der Herrschaft der *unitas actus* eine einmal versäumte gemeinsame Spondierung nie nachholen, also auf keine Weise aus einer einfachen Obli-

Spondierung anerkannt und das Erfordernis der *unitas actus* beseitigt, sowohl was Hauptschuldner und Bürgen wie was die Bürgen unter einander betraf. Neben die Formel „*Titi, idem dari spondes?*“ trat jetzt die auf die vorausgegangene Hauptsponsion des *Seius* bezugnehmende „*quod Seius sponpondit, Titi, dari spondes?*“: diese letztere Formel sollte, wie *Proculus* offenbar meint, nur dann noch eine *Novation* hervorrufen, wenn sie ohne vorgängiges *praedicere ex lege Cicereia* ausgesprochen war, also zu einer prinzipalen Verpflichtung führen wollte. Folgte sie aber auf ein solches *praedicere* ¹⁾, dann sollte die Hauptsponsion nicht berührt werden und sie selbst den akzessorischen Hinzutritt der durch sie vollzogenen neuen Sponsion bewirken.

Allein das statuierte weder ein Gesetz noch sonst eine Rechtsquelle: nur eine Richtung der Rechtswissenschaft proklamierte es. Und vorderhand drang sie damit keineswegs durch: denn noch *Gaius* hält an der folgerichtigeren, die Sponsio scharf von ihrer jüngeren Schwester sondernden Forderung der *unitas actus* fest und gesteht nur soviel zu, daß seine Ansicht nicht mehr „constat“. Aber allmählich gewann die den Bedürfnissen des Verkehrs weit mehr Genüge leistende neue Anschauung die Oberhand: die alte scheint mit dem ausgesprochenen *Sabinianer*-tum verschwunden zu sein. Wir sind natürlich über die nach-gaianische Zeit sehr schlecht unterrichtet, weil jede ursprünglich auf die Sponsio bezügliche Stelle der *Digesten* erst durch Aufdeckung der Interpolation zurückerobert werden muß. Aber einige Stellen scheinen, soweit wir sehen, doch diese Streitfrage berührt oder zu ihr bestimmt Stellung genommen zu haben: ja, einmal spricht sogar der echte *Ulpian* in einem der neuen *Disputationen*-fragmente zu uns. Danach kommen im ganzen drei Fragmente von *Ulpian* und eins von *Papinian* in Frage.

Hingegen gehört *Jul. D. 45, 2, 6, 3* nicht hierher. *Bekker* ²⁾ will aus ihr die Sitte entnehmen, „daß auch der *Fidejussor* gleich nach dem *reus debendi*, für den er sich verbürgte, und

gation eine korreale oder durch Bürgen gesicherte machen lassen. *Ulp. D. 45, 1, 29 pr.* ist für die vorliegende Frage gänzlich unbrauchbar.

1) Vgl. dazu u. S. 109 Anm. 3.

2) *Proc. Cons. S. 189* Anm. 21.

noch vor einem zweiten *reus debendi* zu promittieren pflegte“. Indessen von einer solchen Sitte ist hier gar nicht die Rede, sondern nur von der Möglichkeit, daß solches geschehen konnte, ohne die Wirksamkeit der Haupt- oder Nebenverpflichtung zu gefährden. Liebe ¹⁾ liest denn auch nur das aus der Stelle heraus, glaubt aber, daß sie sich nur auf Fidejussoren anwenden lasse, weil das in allen Fällen gleich lautende „*idem dari spondes?*“ auch „für den Bürgen eine prinzipale Korrealpflicht begründet hätte“. Indes ist das nur eine Folgerung aus seiner S. 30 f. dargestellten irrigen Ansicht: im Falle einer Sponsionsverbürgung hätte hier vielmehr das *praedicere* volle Klarheit geschaffen. Und so ist es denn keineswegs unmöglich, daß Julian an dieser Stelle auch wirklich von der *Sponsio* gehandelt habe: weniger allerdings, weil der vom „*fideiussor*“ sprechende Schlufssatz in dieser Beziehung interpoliert wäre, als weil er gerade umgekehrt auf einen vorangehenden, die *Sponsio* betreffenden Gedanken hinzudeuten scheint. So fände wenigstens einerseits das den Schlufssatz einleitende „*fideiussor quoque*“ allein eine angemessene Erklärung, und andererseits wäre die Lücke ausgefüllt, welche durch den Wegfall des Mittelsatzes „*modicum tamen intervallum . . . duo rei sunt*“ entsteht. Daß dieser nämlich, wenn nicht überhaupt, so doch zum großen Teile den Kompilatoren angehört, kann, obwohl er anscheinend noch nirgends verdächtigt worden ²⁾, nicht zweifelhaft sein, wenn man daran denkt, daß „*modicus actus*“ schlechthin ein Unsinn und „*nihil impedit, quo minus duo rei sunt*“ eine grammatisch anstößige Verschlimmbesserung des „*non impedire obligationem reorum*“ ist, daß „*qui modo contrarius obligationi non sit*“ sich als leere Kopie des „*qui contrarius sit obligationi*“ am Schlusse des *Fragmentes* darstellt und schließlic der Satz im ganzen nichts enthält, was nicht vorher oder nachher schon besser zum Ausdruck gebracht wäre.

Beginnen wir nunmehr mit der ersten der *Ulpianstellen*,

1) A. a. O. S. 221; ihm folgend Geib a. a. O. S. 45 Anm. 3.

2) Vgl. Lenel, Pal. I S. 455, Eisele, Arch. f. d. civil. Prax. Bd. 77 S. 420 Anm. 45, S. 424, Binder a. a. O. S. 8 Anm. 17, S. 9 Anm. 23, S. 65 Anm. 42, S. 132 Anm. 7.

die zwar nur geringe Ausbeute verheißt, aber trotzdem eine Besprechung finden mag, weil sie schon einmal im Zusammenhange mit dieser Frage behandelt worden ist und überdies sonst vielfache Anregung gewährt. — Huschke ¹⁾ hat auf D. 42, 6, 1, 10 und 11 hingewiesen, freilich ohne daß er sie in zutreffendem Sinne auslegen konnte, da ihm unsere Voraussetzung des Erfordernisses der Gleichzeitigkeit der prinzipalen und akzessorischen Sponsion sogar für die frühklassische und republikanische Zeit ein „ohnehin falscher Satz“ ist. Aber jedenfalls ist ihm aufgefallen, daß Ulpian hier bei Erörterung des Separationsrechtes der Erbschaftsgläubiger „den Empfang eines Bürgen vom Erben des Schuldners als eine Novation der Erbschaftsschuld“ anzusehen scheint. Er deutet das dann freilich durch die schlimme Interpretation hinweg, daß eine „eigentliche formelle Novation“ nicht gemeint sei. In Wirklichkeit mag sich folgendes ergeben.

§ 10 cit. zunächst bereichert unsere Sammlung der Fragmente, die sich einen *animus novandi* zugelegt haben und von diesem befreit werden müssen. Gerade hier ist die Interpolation besonders bezeichnend. Ulpian selbst erkannte gemäß den klassischen Grundsätzen eine Novation von vornherein in der Stipulation, durch die der Erbe das versprach, was der Erblasser schuldete: so wurde der Gläubiger des Erblassers zum Gläubiger des Erben und wer „*eum secutus est, amisit separationis commodum*“. Das konnte den Kompilatoren natürlich nicht recht sein, und flugs fügten sie ein „*novandi animo*“, ein nochmaliges „*hoc animo*“ und schließlich gar ein gerade nach „*ab eo*“ ganz besonders schlecht klingendes „*ea mente*“ ein: aufdringlich genug um verdächtig zu werden. Aber das war des Guten immer noch zu wenig: ohne daran zu denken, daß die Novation die ursprüngliche Obligation gänzlich tilge und somit von dem mit dieser Obligation zusammenhängenden Separationsrecht gar keine Rede mehr sein könne, glauben sie den Wegfall noch auf andere Weise motivieren zu müssen, indem sie sagen: „*nec possunt iam se ab eo separare, qui quodammodo eum elegerunt*“: stilistisch holpert der Satz fürchterlich, das „*quodammodo*“ ist bereits übel

1) A. a. O. S. 101 f.

beleumdet, und was einen Sinn hätte, hat Ulpian bereits vorher angemessen formuliert. Ob man sie unter diesen Umständen nicht lieber auch für den überflüssigen Satz „quippe cum secuti sunt nomen heredis“ verantwortlich macht, statt ihn für ein Glossem zu erklären ¹⁾, bleibe dahingestellt.

§ 11 leitet nun sehr bezeichnend sofort auf den Bürgenfall über und beginnt: „Item quaeritur, si satis acceperunt ab eo, an impetrent separationem“, worauf das „et non puto“ wohl ebenso noch auf Ulpians Rechnung kommt wie das folgende „hi enim secuti sunt eum“. Aber schon die Art der Aufeinanderfolge beider Sätze läßt die Hand Tribonians vermuten: so wie die letzteren Worte jetzt dastehen, erwecken sie den Eindruck, als deuteten sie auf einen Gegensatz zu anderen Gläubigern, welche heredem non secuti sunt, weswegen Mommsen durch die Voranstellung eines „et“ nachzuhelfen sucht. Jedenfalls scheint dort etwas zu fehlen: vielleicht ein Hinweis auf den Fall, daß der Erbe selbst noch einmal mit dem Bürgen zusammen spondiert, in welchem Ulpian sich ja nur darauf zu beziehen brauchte, daß, wie im § 10 ausgeführt, „hi“, welche eine Sponsion des Erben selbst entgegennehmen, „secuti sunt eum“. Warum er jedoch auch die übrigen Fälle mit einem „non puto“ entscheidet, bedarf noch der Begründung. Statt diese Gründe nun aber zu überliefern, fühlen sich die Kompilatoren, die mit dem bei ihnen so gewöhnlichen ²⁾, unsicher tastenden „forte“ anheben, von dem die zu entscheidende Frage nicht im mindesten klärenden Bedenken „moviert“, daß die Bürgen vielleicht nicht zahlungsfähig sein könnten, um sich darüber sofort mit der Erwägung zu beruhigen: „et sibi imputent, cur minus idoneos fideiussores accipiebant“. Da diese hier gänzlich unangebrachten Banalitäten den Stempel ihrer Herkunft an der Stirne tragen, so verlohnt es sich kaum, auf die sprachlichen Verstöße einzugehen: wir treffen das „sibi imputare“ wieder, das zwar schon im Laufe der Kaiserzeit in Gebrauch gekommen ist ³⁾, bei einer umfassenden Prüfung sich aber sehr

1) So Lenel, Pal. II S. 796 Anm. 1, wohl auch schon Mommsen z. d. St.

2) Vgl. Eisele, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 13 S. 139, Beiträge zur röm. Rechtsgesch. S. 236, dazu etwa noch Ulp. D. 28, 6, 24 i. f.

3) Cicero kennt, wie sich aus Merguet, Handlexikon zu Cicero (1905)

wahrscheinlich als ein Lieblingswort Tribonians herausstellen würde ¹⁾; auch der Indikativ im indirekten Fragesatz ²⁾ in Verbindung mit einem ganz unmöglichen Tempus fehlt nicht, und schliesslich ist „satis accipere“ mit einem noch dazu beziehungslosen Akkusativ „idoneum“, also einem Adjektiv, das statt zu einem Substantiv zu einem Adverb hinzutritt, eine solche Ungeheuerlichkeit, wie sie auch den Kompilatoren selten einfällt: unter 45 Stellen, die ein „satis accipere“ bei Gaius und in den Digesten aufweisen ³⁾, ist unser § 11 jedenfalls der einzige, der einen Akkusativ beifügt.

Nach einer Richtung hin läßt diese Interpolierung einen positiven Schluss zu: Ulpian muß in seiner Begründung von etwas Verbotenem gehandelt haben: verboten war aber nicht das „satis accipere“ überhaupt, sondern nur insofern es durch Spondieren oder Fidepromittieren erfolgte. Und so ist es denn höchst wahrscheinlich, daß Ulpian diese besonderen Arten der Satisfaktion hier namhaft gemacht habe. Daß freilich die Sponsion allein das Thema bildete, wie das nach Huschkes Ausführung

ergibt, „imputare“ überhaupt noch nicht: unter den Nichtjuristen tritt es aber schon im ersten nachchristlichen Jahrhundert auf (vgl. die bei Georges s. v. Zitierten). Von Juristen hat es Ulpian sicherlich gebraucht, wie das durch eins der neuen Straßburger Fragmente aus den Disputationen (Nr. Ia nach Lenel, Sitzungsber. der Berl. Akademie [1903] S. 922 ff., Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 24 S. 416 ff.) bezeugt ist: zwar ist dort in Z. 18, 19 nur „in . . tet“ überliefert, doch kann Lenels Ergänzung zu „inputet“ keinem Bedenken unterliegen; auch in Paul. D. 46, 1, 73 darf man das „imputari“ wohl dem Klassiker zuschreiben.

1) Vgl. z. B. die Ausdrucksweise der Institutionen in 3, 20, 4¹ gegenüber Gai. III 122 (s. u. S. 169 Anm. 3). Auch gerade innerhalb unseres Ulpianfragmentes kehrt der Ausdruck in zweifellos interpolierten Sätzen des § 5 einmal und des § 17 sogar zweimal wieder. Vgl. ferner etwa den sicherlich interpolierten (Pernice, Labo II 1 S. 278 Anm. 8, H. Krüger, Beitr. z. L. v. d. exceptio doli S. 206) Schluss in Ulp. D. 17, 2, 42 und das gleichfalls kompulatorische (Eisele, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 18 S. 20) „imputaturum sibi“ in Ulp. D. 14, 1, 1, 9. In justinianischen Konstitutionen kommt „imputare“ nach Longo, Bullett. dell' Ist. di dir. Rom. vol. 10 p. 236 neunmal vor.

2) Über ihn s. Eisele, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 7, 1 S. 25, Kalb, Juristenlatein² S. 67 Anm. 1.

3) Vgl. Vocab. jurispr. Roman. I S. 85.

den Anschein hat, ist kaum anzunehmen: denn es läge hier, wo es sich um eine im Wege der Parteivereinbarung erfolgte, nicht vom Prätor erzwungene ¹⁾ Verbürgung handelt, bei dem Mangel anderweiter Argumente zunächst gar kein Grund vor, das zweifellos echte „satis accipere“ in der Fragestellung seinem Sinne zuwider auf die eine Verbürgungsart zu beschränken. Um so eher wird Ulpian auf die Verschiedenheit eingegangen sein, die sich ergab, je nachdem das satis accipere in einem spondere oder in einem fideiubere bestand. Wie viele solcher Unterschiede und welche anzuführen ihm dabei wesentlich schien, wird sich aber schwerlich genauer feststellen lassen. Vielleicht hat er für den Fall, daß der Erbe Sponsoren stellte, vor einem unvorsichtigen Gebrauch der Formel „quod Titium (heredem) dare oportet, (id|em|) dari spondes?“ ²⁾ gewarnt, da eine solche Satisfaction nur dann Bestand hätte, wenn die einstige Obligation des Erblassers verbis eingegangen wäre. In erster Linie aber mag er erwogen haben, ob dieser Fall nicht von vornherein ganz auszuschneiden sei, weil es eine nachträgliche Sponsionsverbürgung überhaupt nicht gebe. Denn wenn auch, wie sofort zu zeigen sein wird, dieses Bedenken für ihn keine entscheidende Kraft mehr hatte, so war er sich doch wohl bewußt, daß die gegenteilige Ansicht noch bis vor kurzem herrschend gewesen war, und er mag einer Präzisierung seines Standpunktes um so weniger aus dem Wege gegangen sein, als eine andere Stelle eine dementsprechende Erörterung von seiner Hand gleichfalls nahelegt ³⁾.

Ganz deutlich hingegen spricht es Ulpian an einer zweiten Stelle aus, daß er völlig auf dem Boden der von Proculus angeregten Richtung steht. Wie Lenel ⁴⁾ meint, ist Ulp. D. 4, 2, 14, 8 zu lesen: „Si quis per vim facto vadimonio postea sponsorem adhibeat, is quoque liberatur“. Ist ihm darin beizupflichten — wogegen kein Bedenken vorliegt —, so ergibt sich ohne wei-

1) Vgl. Lenel, Pal. II praef. p. 3.

2) Vgl. Gai. D. 46, 2, 34, 2.

3) Nicht mit Unrecht hat das Appleton l. c. p. 567 aus dem „autem“ im Beginn von Ulp. D. 46, 1, 6, 2 gefolgert: s. oben S. 48.

4) Pal. II S. 464 Anm. 1.

teres, daß Ulpian eine nachträgliche Spondierung für möglich hält.

Das wird nun durch das authentischste Zeugnis bestätigt, das es nur geben kann: durch eine jener Stellen der ulpianischen Disputationen, deren echten Text zu finden Lenel neulich glücklich ist. Dort heißt es (unter Beibehaltung der im wesentlichen sicherlich richtigen Lenelschen Ergänzungen) ¹⁾:

„Nec tamen ideo quod obligationi in Italia contractae pignus accessit, pignoris dandi in Italia contractus est, sed si pignus in Italia contractum est, hoc est conventio de pignore: ut in Furia lege spectamus, ubi sponsor acceptus est, non ubi obligatio contracta, cui sponsus ²⁾ accedit. Denique ex duobus sponsoribus, quorum alter in Italia alter in provincia acceptus est, eum demum relevat, qui Italicus est“.

Hier ist es einmal nicht die Einheit der Zeit, sondern die Einheit des Ortes, deren Mangel die Einheit der Handlung zunichte macht; doch ist die Ungleichzeitigkeit der Verpflichtungen damit natürlich gleichfalls vorausgesetzt. Nichtsdestoweniger bleibt eine derartig getrennte Spondierung vollgültig, ja so sehr, daß sogar der Ort der Verbürgung ³⁾ und nicht der der Be-

1) Fragm. II a (Sitzungsber. d. Berl. Akad. 1904 S. 1159, 1165 f.; vgl. Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 25 S. 370 f.).

2) Warum spricht Ulpian nicht auch von dem Fidepromissor? Darüber plausibel Appleton, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 p. 19 n. 2.

3) auf welchen das „acceptus est“ in erster Linie hindeutet. Ist allerdings der Erfüllungsort von dem Verbürgungsorte verschieden, so mag die Auslegung auch hier im Sinne von Jul. D. 44, 7, 21 und Gai. D. 42, 5, 3 den ersteren als maßgebend anerkannt haben, doch ist das keineswegs sicher, da es sonst für Ulpian nahe genug gelegen hätte, statt des „quorum alter in Italia, alter in provincia acceptus est“ das Moment des Zahlungsortes zu betonen. Auch lassen das „puto“ und „magis videbitur“ der folgenden, auf diese Frage beim pignus bezüglichen Ausführung erkennen, daß Ulpian lediglich einer eigenen Ansicht das Wort redete. So hat denn auch Lenel, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 25 S. 371 gut daran getan, die entsprechende Erläuterung gegenüber der in den Sitzungsber. a. a. O. S. 1166 gegebenen vorsichtiger zu fassen. Um so weniger kann der Verallgemeinerung Appletons a. a. O. Bd. 26 p. 19 (auch p. 34 n. 1) zugestimmt werden, welcher als regelmäßigen Zahlungsort gar nicht den Verbürgungsort, son-

gründung der Hauptschuld die Zuständigkeit der *lex Furia* bestimmt. Außerordentlich bemerkenswert ist die Art, wie Ulpian den Ursprung des von ihm berichteten Rechtszustandes angibt. Nicht etwa als unmittelbar aus der *lex Furia* stammend bezeichnet er ihn, sondern „in *Furia lege spectamus*“: er ist erst das Ergebnis der Auslegung und zwar, wie das Präsens andeutet, nicht gar zu alter Auslegung. Und warum? Weil, solange es nur gleichzeitige Spondierung von Hauptschuldner und Bürgen gab, eine solche Frage gar nicht auftauchen konnte. Nicht nur die *lex Furia* schwieg davon, daß sie nur für „sponsores in Italia accepti“ gelten wollte: auch Gaius noch weiß (sicherlich im engeren Anschluß an ihren ihm bekannten ¹⁾ Wortlaut ²⁾) nur zu berichten, daß sie „*tantum in Italia locum habeat*“, „*tantum in Italia valet*“ ³⁾: Ausdrücke, die vom ulpianischen Standpunkt unerhört inkorrekt und nichtssagend wären ⁴⁾, für Gaius aber, der, wie gezeigt, auch in dieser Frage noch auf sabinianischem Boden stand, alles klarlegen mußten, da, wenn der Hauptschuldner sich in Italien verpflichtete, auch die Verbürgung ebenda eingegangen worden sein muß.

Von einer anderen Seite beleuchtet das Verhältnis der *lex Furia* zu dem fortgebildeten Sponsionsbürgenrechte der klassischen Zeit die viel umstrittene Stelle Papinians aus dem 10. Buch seiner *Quaestiones*: D. 46, 1, 48, 1, welche uns in dieser Fassung überliefert ist:

„*Huic similis et illa quaestio videri potest, ob aetatem si restituatur in integrum unus fideiussor, an alter onus*

dern den Wohnsitz des Bürgen anspricht. Das „*Italicus*“ beweist in dieser Beziehung gar nichts.

1) Vgl. Gai. IV 24 und dazu Mitteis, Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 444, Appleton a. a. O. Bd. 26 p. 25 n. 1.

2) A. M. Huschke, Gaius S. 84.

3) III 121, 122.

4) wie sie ja auch von den modernen Historikern nicht verstanden werden konnten: vgl. P. Krüger, *Gesch. d. Quellen* S. 115 Anm. 5, Lenel, *Edikt* 1. Aufl. S. 169, 2. Aufl. I p. 245, Wlassak, *Röm. Prozeßgesetz* II S. 156 ff., Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* S. 118, auch Mommsen, *Röm. Staatsrecht* III 1 S. 696 Anm. 1, dessen Deutung aber der Wahrheit jedenfalls näher kam und der von Appleton jetzt vertretenen (ob. S. 95 Anm. 3) im Ergebnis nicht fernsteht.

obligationis integrum excipere debeat. Sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter incertum aetatis ac restitutionis. Quod si dolo creditoris inductus sit minor, ut fideiubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus confideiussorem, quam si facta novatione circumvento minore desideraret in veterem debitorem utilem actionem sibi dari“.

Freilich, vielumstritten ist sie nicht in der Beziehung, in der sie hier verwendet werden soll: ihr Ruf ist vielmehr in einer Frage begründet, von der sie überhaupt nicht handelt. Das wäre zu verstehen, wenn sie etwa auf Grund erst der modernen Pandektenkritik eine neue Gestalt erhalten hätte, in der sie die Verfechter jenes Streites noch nicht gekannt hätten. Aber weit gefehlt: bevor sich der Streit noch erhoben hatte, war Girtanner ¹⁾ schon darauf aufmerksam geworden, daß Papinian hier gar nicht von der Fidejussio und dem beneficium divisionis handle, sondern von der Sponsio und der lex Furia. Aber wenige Jahre vergingen, und derselbe Girtanner ²⁾ setzte sich mit der Behauptung, „daß die Rücksicht auf die mutmaßlich ursprüngliche Fassung für das geltende Recht nicht in Betracht kommt“ in Wirklichkeit auch über diese ursprüngliche Fassung hinweg und deduzierte nun aus dem Wortlaut und dem Gedankengang der Stelle mit ganz historischen Argumenten das historische Ergebnis, daß Papinian das beneficium divisionis auch bei nicht gleichzeitiger Verpflichtung der mehreren Fidejussoren zugelassen habe. Ist dieses Verfahren schon dafür recht bezeichnend, wie vor dem Aufkommen der modernen Richtung Rechtsgeschichte und geltendes Recht vielfach unheilvoll verwechselt wurden und beide Teile daran Schaden nahmen, so ist es doch noch trauriger, wenn eine solche Beweisführung sich behauptet und einen Siegeslauf beginnt. Wer vorher noch schwankend gewesen, bekannte sich nun entschieden zu der Girtannerschen Ansicht, und offen rühmte man allenthalben, daß die D. 46, 1, 48, 1 den Rest jedes Zweifels beseitige ³⁾.

1) Bürgschaft S. 462—465 (1851).

2) Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 43 S. 275—299, insbes. S. 286, 290 (1860).

3) Vgl. statt aller Windscheid-Kipp⁹ a. a. O. II S. 1099 Anm. 2,

Demgegenüber muß es bereits als ein Fortschritt anerkannt werden, wenn Goldschmidt¹⁾ die „ganz übel angebrachte historische Gelehrsamkeit“ Girtanners a limine abweist. Er nimmt dogmatisch ganz dessen Partei, versucht aber wenigstens seine historische Ansicht damit in Einklang zu setzen, indem er mit Energie den Standpunkt vertritt, daß schon Papinian von der Fidejussio und nicht von der Sponsio gehandelt habe. Indessen kann dem nicht beigetreten werden. Die Argumente Goldschmidts sind sehr schwach: die einzig greifbaren unter ihnen halten sich an die beiden Sätze: „onus obligationis integrum excipere debeat“²⁾ und „ita demum alteri totum irrogandum est“, von denen der erste u. E. ebenso wenig für wie gegen die lex Furia oder das beneficium divisionis etwas aussagt, der zweite aber im ganzen einen recht üblen Eindruck macht³⁾. Andererseits sind die von Papinian im pr. und im § 1 behandelten Themen auf dem Gebiete des Fidejussorenrechtes einfach indiskutabel. Denn da für das Eingreifen des beneficium divisionis in Ansehung sowohl der Zahl wie der Zahlungsfähigkeit der Bürgen die Zeit der litis contestatio maßgebend ist⁴⁾, so kann von einer Teilung gar keine Rede sein, wenn zu dieser Zeit die mulier bereits „subducta“ oder der minor schon restituiert ist. Trotzdem ist dieser Fall offenbar gemeint. Für das principium geht das aus dem „dahimus actionem“ deutlich genug hervor; im § 1 ist zwar nichts gesagt, doch ist gerade das Schweigen das Charakteristische: wenn bei dieser Frage, bei der für den Fidejussor alles auf die litis contestatio ankommt, von einer litis contestatio mit keiner Silbe gesprochen wird, so kann auch nicht das beneficium divisionis den Gegenstand der Erörterung bilden, sondern es muß eine Ratenhaftung behandelt werden, die mit prozessualen Mo-

S. 1100 Anm. 7, Brinz a. a. O. II S. 190 Anm. 5; Arndts, Pandekten S. 691 Anm. 6, obwohl er die lex gleichfalls für die Sponsio ausdrücklich in Anspruch nimmt.

1) Jherings Jahrbücher Bd. 26 S. 362f.

2) Warum übrigens Goldschmidt „... suscipere debet“ zitiert, ist nicht einzusehen.

3) S. u. S. 100 Anm. 1.

4) Vgl. J. 3, 20, 4; Papin. D. 46, 1, 51, 1; D. eod. 51, 4; C. 8, 40, 16.

menten nichts zu tun hat, sondern ipso iure gegeben ist: und das ist die Haftung *ex lege Furia*.

Dazu kommt am Ende des § 1 das „*succurrere creditori*“ nebst der folgenden Analogie: beides ebenso unverständlich für die *Fidejussio* wie begreiflich für die *Sponsio*. Es wird vorausgesetzt, daß der Gläubiger um einen besonderen Rechtsbehelf nachsucht und dieser ihm wegen seines *dolus* verweigert wird. Bei der *Fidejussio* liegt es ja aber gerade umgekehrt: hier kann der Gläubiger ja gar nichts Besseres wünschen, als er schon hat: nämlich die Haftung aller Bürgen in *solidum*; in welcher Hinsicht ihm hier *succurriert* werden sollte, ist unerklärlich: ein *auxilium*, *beneficium* kann hier ja nur von der Gegenpartei ausgewirkt werden. Die *Sponsio* dagegen gewährt ihm allerdings nur lauter *actiones divisae*, und wenn er hier aus besonderem Grunde eine *actio in solidum* begehrt, dann muß sie ihm vom Prätor gegen das positive Recht gegeben, also ihm muß „*succurriert*“ werden: und von einer entsprechenden in *integrum restitutio* handelt auch der von der *Novation* redende Schlufssatz. Schlagend erhebt die Unrichtigkeit der Ansicht Goldschmidts schon daraus, daß er sich genötigt sieht, „*non ... creditori succurrendum erit*“ zu übersetzen, als hiesse es „*fideiussori succurrendum erit*“: „dem Mitbürgen steht das *auxilium divisionis* zu“. Ihm ist denn auch kaum jemand gefolgt ¹⁾. Lenel ²⁾ hat sich vielmehr für Girtanner erklärt und demgemäß die *Fidejussoren* des *pr.* und des § 1 in *Sponsoren* zurückverwandelt ³⁾ ⁴⁾.

Damit scheint aber die Aufgabe, die uns die Kompilatoren gestellt haben, noch nicht gelöst, sondern gerade erst erkannt zu sein. Der § 1 ist in seiner jetzigen Gestalt völlig unverständlich und fordert deshalb zu einer gründlicheren Behandlung

1) Geib a. a. O. S. 15 Anm. 2, S. 138 Anm. 2, S. 139 Anm. 1 freilich und Cuq l. c. II p. 552 n. 2 verstehen die l. 48 noch von *Fidejussoren*.

2) Pal. I S. 834 Anm. 1—4. Vgl. auch Vocab. iurispr. Rom. Sp. 911 a. „*confideiussor*“.

3) Hingegen „konstatirt“ Goldschmidt a. a. O. S. 363, „daß weder der Wortlaut noch der Zusammenhang der Stelle für diese Annahme den geringsten Anhalt bieten, vielmehr das Gegenteil klar erweisen“.

4) Vgl. über die Stelle und besonders gegen andere falsche Ansichten ausführlich auch noch Hasenbalg a. a. O. S. 507—513.

heraus, die hier zu versuchen um so eher am Platze ist, als sich aus ihr für die Erkenntnis der neuen Gestalt, die die Sponsionsverbürgung nunmehr durch Proculus gewonnen hat, vielleicht manches ergibt. Dafs sich Papinian seiner Richtung anschliesst, ist eines Beweises nicht bedürftig, da seine Argumentation sich in die beiden Fälle scheidet, dafs der minor gleichzeitig oder aber später sich verbürgt.

Im Principium hat der Bürge eine Frau neben sich als Bürgin gehabt. Papinian tritt ohne Bedenken für die Erteilung einer actio in solidum gegen ihn ein, die das ihm aus der lex Furia zustehende Teilhaftungsrecht illusorisch macht: aus dem einzigen und sehr beachtenswerten Grunde: „cum scire potuerit aut ignorare non debuerit mulierem frustra intercedere“. Im § 1 geht er nun auf eine Frage über, welche zwar „similis videri potest“, aber in Wirklichkeit ganz anders anzufassen ist. Ähnlich scheint sie insofern, als hier eine Person als Mitbürge auftritt, deren Interzession nicht unter allen Umständen rechtliche Wirksamkeit behält. Eine andere Behandlung fordert sie aber deswegen, weil hier das für das princip. maßgebende Argument versagt: einem Minderjährigen kann man sein Alter nicht immer ansehen, und auch der einstige Restitutionswille ist dem Mitbürgen noch ebenso verborgen wie das Befinden des Prätors über den eventuellen Restitutionsantrag. Deswegen muß hier die Entscheidung von anderen Fragen abhängig gemacht werden. Papinian wählt als Unterscheidungsprinzip, wie das durch die zweifellos echten Worte „si postea minor intercessit“ erwiesen wird und überdies nie bestritten worden ist, die Gleichzeitigkeit der Verbürgung und kommt daher, je nachdem sie vorliegt oder nicht, zu entgegengesetzten Ergebnissen. Sehr treffend hebt er daher nach Präzisierung des Falles an: „sed ita demum alteri totum irrogandum est ¹⁾, si postea minor

1) Ob freilich das „totum irrogare“ von Papinian stammt, ist zweifelhaft. Der Ausdruck ist merkwürdig blaß und zerfließend; zudem wird das „totum“ von den Kompilatoren auffallend oft in dieser Weise verwandt, und „irrogare“ paßt erst recht nicht hierher. Zwar kommt es gemäß dem Berliner Digestenindex (vgl. oben S. 3 Anm. 2) 46mal in den Digesten vor, aber fast ausnahmslos in dem Sinne, dafs es das Auf-

intercessit“, worin das „sed“ zugleich kurz und recht papinianisch das Bedenken gegen die scheinbare Similität durchschimmern läßt: ein Beleg dafür, daß diese Behandlung der nachträglichen Verbürgung sich wohl auch bei Papinian eng an die Frage angeschlossen haben wird.

Nun aber beginnt die Verwüstung. Man erwartet eine Begründung für die Nichtanwendbarkeit der *lex Furia*. Und dieser Erwartung wird auch entsprochen, aber in welcher Weise? „propter

erlegen einer Strafe ausdrückt: so findet es sich 26 mal in Verbindung mit „poena“ selbst, weitere 14 mal steht es bei Ausdrücken, welche die poena in concreto spezialisieren (deportatio, exilium, ignominia, infamia, mors. multa, mutatio militiae, periculum, servilis condicio, servitus) und 2 mal bei „id“ (Ulp. D. 40, 4, 9, 1) und „quid gravius“ (Ulp. D. 48, 19, 5 pr.), die auf eine Strafe hinweisen. „Iniuriam irrogare“ in Paul. sent. 1, 14, 1^a — D. 43, 11, 3 pr. ist als naheliegende Erweiterung des Sprachgebrauches leicht zu verstehen; in gleichem Sinne begegnet in Hermog. D. 43, 6, 2: „damnum aut incommodum irrogare“, das aber zweifellos erst in nachklassischer Zeit aufgekomen ist: das erweisen die Autorschaft Hermogenians und zwei Codexstellen, die gleichfalls das „damnum“ enthalten: C. 8, 29, 4 von Gordian (a. 240) und C. 6, 35, 11, 2 von Justinian (a. 531). Neben unserer Stelle verbleibt sonach nur noch Ulp. D. 26, 7, 7, 10: „... vel si (tutor) moram depositioni fecit et praetor irrogavit ei legitimae (usuras)“: indessen ist ganz abgesehen von den „legitimae“, die Lenel, Pal. II S. 659 Anm. 1—3 überall in „centesimae“ verbessert, dieser ganze Satz recht auffällig: statt mit dem dem Hauptsatze vorhergehenden Bedingungssatze verbunden zu werden, folgt er dem Hauptsatze und schleppt daher unschön nach; vor und nach ihm wird in dem § 10 von dem Fall gesprochen, daß der Tutor „negavit apud se esse pecuniam“, während andererseits die Frage der Verzinsung bei der mora deponendi schon im § 7 ganz ausführlich erörtert wird. Auch ist es ein Unding zu sagen: „legitimas solvere debebit, si ... praetor irrogavit ei legitimae“: denn das versteht sich von selbst. Trotz allem ist dieses „usuras irrogare“, weil wenigstens auf ein Verschulden des Tutors zurückgehend, mit der eigentlichen Bedeutung immer noch eher vereinbar als unser „totum irrogare“, das nur besagen soll, daß der Sponsor für die ganze Schuld zu haften hat, nicht anders als der Hauptschuldner selbst: der Ausdruck hätte daher kaum unglücklicher gewählt werden können. — Andererseits ist es recht wahrscheinlich, daß Papinian die *lex Furia* irgendwo namentlich erwähnt hat (auf das Gegenteil legen ohne hinreichenden Grund Girtanner, Bürgschaft S. 463 f. und Hasenbalg a. a. O. S. 512 Gewicht), und dazu wäre hier gerade der geeignete Ort. So könnte es sehr wohl geheißen haben: „aber nur dann greift die *lex Furia* nicht Platz“.

incertum aetatis ac restitutionis“ haftet der Bürge auf das Ganze? Das verstehe wer kann. Wegen des scire potuisse (bzw. des ignorare non debuisse) des Mangels wird die Teilhaftung der lex Furia im principium aus dem Wege geräumt: wegen der Nichtkenntnis (bzw. des incertum) soll sie im § 1 versagen? Das ist doch nicht wohl denkbar. Die Worte „propter incertum aetatis ac restitutionis“, die an sich in ihrer vielsagenden Kürze einen vortrefflichen Eindruck machen, wären an zwei Stellen außerordentlich sinnvoll gewesen. „Propter incertum aetatis ac restitutionis“ liegt der Fall des § 1 anders als der des Principiums: sie hätten also in der Überleitung stehen können, wenngleich das wegen des konformen Baues des Überganges nicht anzunehmen ist. „Propter incertum aetatis ac restitutionis“ erhält auch der Fall gleichzeitiger Verbürgung sein eigenartiges Gepräge. Nun aber sind die Worte an eine dritte Stelle gedrängt, an der sie einem völligen Unsinn zum Ausdruck verhelfen. Denn im Falle der vorherigen Verbürgung kann man doch nicht davon sprechen, daß dem Bürgen „aetas“ und „restitutio“ seines Mitbürgen unbekannt seien: er ist ja in der Regel noch nicht einmal über das „Ob“ einer späteren Verbürgung unterrichtet: wie soll er da über die Eigenschaften einer noch hypothetischen Persönlichkeit im „incertum“ sein? Aber selbst abgesehen davon kann einem Mitbürgen das Ganze „irrogiert“ werden nimmermehr „propter“, sondern höchstens trotz seiner Ungewissheit. Die Ungewissheit kann die Nichtanwendbarkeit des Teilhaftungsrechtes nicht nur nicht begründen, sondern sie kann umgekehrt nur einen Grund für eine Existenz desselben abgeben. Daß also der Mitbürge im Falle nachträglicher Verbürgung des Minderjährigen Teilhaftung nicht geltend machen kann, hat demnach mit dieser Ungewissheit nichts zu tun und wäre daher auch bei Gewissheit nicht anders. Das Versagen des Teilhaftungsrechtes in diesem Falle kann somit in der Minderjährigkeit des später verpflichteten Bürgen überhaupt nicht seine Ursache finden¹⁾: es muß viel-

1) Die Stelle wäre für das Fidejussorenrecht wohl nie der Tummelplatz und Stützpunkt so verfehlter Ansichten geworden, wenn man sich nicht auf das Niveau der Kompilatoren gestellt und statt des klaren „propter incertum aetatis ac restitutionis“ einfach „propter aetatem ac restitutionem“

mehr andere Gründe haben, die uns nicht überliefert sind und nachher ¹⁾ erwogen werden sollen.

Zunächst steht fest, daß die fraglichen Worte, wo sie in den Digesten stehen, bei Papinian nicht gestanden haben können. Wie aus dem Gesagten hervorgeht, haben sie ihre natürliche Stellung dort, wo der Fall der gleichzeitigen Verbürgung behandelt wird. Warum sind sie nun nicht bei diesem Falle stehen geblieben? weil wir nach ihm vergebens suchen: ein Moment, das unserer Vermutung überaus stärkend hinzutritt und sie dahin vervollständigt, daß zwischen „intercessit“ und „propter“ nicht nur die Begründung des Versagens der Teilhaftung im Falle nachträglicher Verbürgung, sondern auch der Tatbestand und die Entscheidung des Falles der gleichzeitigen Verbürgung weggestrichen ist ²⁾. Denn es kann gar keinem Zweifel unterliegen, daß Papinian, wenn er einmal die Unterscheidung der Gleichzeitigkeit und Ungleichzeitigkeit macht, dann diese Unterscheidung auch begründet und zu diesem Zwecke auf beide Möglichkeiten eingeht; insbesondere aber mußte er hier der Gleichzeitigkeit gedenken, weil sie erst den eigentlichen Gegensatz und daher Anknüpfungspunkt zum principium bot. Es ist somit in dem Fehlen dieses Teiles das zweite, schlechthin

verstanden hätte. So sagt Girtanner, die allgemein anerkannte Autorität für diese Stelle (Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 43 S. 295 f.): „Papinian schließt das beneficium divisionis nur aus wegen der infolge des minderjährigen Alters von dem zweiten Bürgen erlangten in integrum restitutio“: eine durch nichts begründete, der Überlieferung schlechthin widersprechende Behauptung.

1) S. u. S. 108 ff.

2) Goldschmidt a. a. O. S. 358 hat — abgesehen von der u. S. 111 Anm. 3 bekämpften hier belanglosen Abweichung — erkannt, daß das „propter incertum aetatis ac restitutionis“ nur auf den Fall der Gleichzeitigkeit paßt; aber er meint, Papinian habe diesen Fall „nach seiner Art“ nicht ausgesprochen, sondern nur gedacht, und in ähnlichem Sinne sagt er bald darauf, es sei kein „Fehler Papinians, wenn wir der breiten Exposition bedürfen, wo dem genialen Kasuistiker wenige Worte genügen“: aber die Genialität darf doch nicht so weit gehen, daß sie ganze Begründungen und Sätze verschluckt und so schließlich Gedanken mit einander verbindet, die sich gegenseitig widersprechen. Müssen denn auf Kosten aller großen Juristen die Kompilatoren rein gewaschen werden?

sichere Anzeichen für die Betätigung der Kompilatoren zu erblicken. Fügen wir nun demgemäß vor der „propter“-Begründung den Fall der Gleichzeitigkeit ein, so paßt alles vortrefflich. Denn in diesem Falle muß die *lex Furia* Platz greifen: für die gleichzeitige Spondierung ist sie ja gerade geschaffen worden; im allgemeinen wäre ihre Anwendbarkeit hier also selbstverständlich. Und das Bedenken, das sich im besonderen aus der Minderjährigkeit des Mitbürgen ergeben könnte, schlägt die Begründung „propter incertum aetatis ac restitutionis“ vollkommen aus dem Feld. Diese Lösung ist allein folgerichtig, sobald die *ratio* des guten Glaubens bei der Verbürgung einmal als maßgebend anerkannt worden ist, woran das *principium* nicht zweifeln läßt.

Somit wäre die Stelle bis zum Schlusssatze plausibel. Diesen hat nun die herrschende Meinung für ihre mit Bezug auf das Fidejussorenrecht geäußerte Ansicht, daß das Versagen des *beneficium divisionis* im Falle der nachträglichen Verbürgung auf das Konto der Minderjährigkeit zu setzen sei, als entscheidend angesehen: auf ihn stützt sie also eine Auffassung, welche, ins Sponsorenrecht übertragen, der unseren diametral entgegensteht. Insbesondere Girtanner ¹⁾ führt, in die Terminologie des Sponsorenrechtes übersetzt ²⁾, aus: da der Schlusssatz sich auf das unmittelbar vorhergehende „*si postea minor intercessit*“ beziehe und damit behaupte, daß der Gläubiger im Falle seines *Dolus* gegenüber der Teilhaftung der *lex Furia* keine *actio in solidum* verlangen könne, so müsse das den Sinn haben, daß eine solche Teilhaftung prinzipiell auch bei nachträglicher Verbürgung eintrete und nur durch die Minderjährigkeit des Mitbürgen im allgemeinen ausgeschlossen sei, bei *Dolus* des Gläubigers aber wieder auferstehe. Denn dieser *Dolus* könne doch nicht eine Teilhaftung ins Leben rufen, die nach Bürgschaftsrecht gar nicht bestände. Diese Folgerung ist in sich ganz fehlerfrei. Da aber die Minderjährigkeit, wie gezeigt, bei dem Versagen der Teilhaftung im Falle der nachträglichen Verbürgung keine Rolle spielt, so kann auch der *Dolus* bei der Herbeiführung

1) Arch. f. d. civil. Pr. Bd. 43 S. 291 f., 295 f.; vgl. oben S. 102 Anm. 1.

2) Vgl. auch die unmittelbar auf das Sponsorenrecht bezügliche kürzere Darstellung bei Girtanner, Bürgschaft S. 464 f.

der nachträglichen Verbürgung des Minderjährigen nicht von Belang sein. Nur dort kann er erheblich sein, wo die Minderjährigkeit überhaupt irgendwie rechtlich in Betracht kommt: also lediglich bei der gleichzeitigen Verbürgung. Und auf diese, nicht auf die nachträgliche Verbürgung muß sich daher in Wahrheit der Schlufssatz beziehen. Bestärkend tritt das in ihm gebrauchte „consponsor“ hinzu, ein Wort, das sich freilich weder in Gaius noch (selbstverständlich) in den Digesten findet, wohl aber bei Cicero ¹⁾, Festus ²⁾ und im SC. de Bacchanalibus ³⁾ überliefert ist. Und wenn sich auch in diesen Stellen ein Beweis dafür, daß es von Mitbürgen im engsten Sinne, d. h. von durch dieselbe Sponsion verpflichteten Bürgen gebraucht ist, höchstens insofern erbringen läßt, als es zu dieser Zeit ja noch gar keine nachträgliche Verbürgung gab, so spricht doch das Wort selbst dafür, da anderenfalls gar kein Anlaß vorgelegen hätte, neben dem einfachen, praktisch gebliebenen „Sponsor“ auf dieses Kompositum zu verfallen ⁴⁾. — Schließlich aber stimmt dieses Ergebnis durchaus mit dem bisher von uns dargelegten Gedankengange überein, nach welchem sich aus verschiedenen Gründen ergab, daß Papinian zuerst von der ungleichzeitigen und dann von der gleichzeitigen Verbürgung gehandelt, daß er demnach zuletzt allerdings den Fall besprochen habe, in dem die lex Furia zur Anwendung kommt, somit also auch von einer corrigendi gratia ihr gegenüber gegebenen actio in solidum die Rede sein kann. Die Erläuterung eines solchen Falles setzt aber der Schlufssatz gerade voraus. Girtanner hätte uns nur dann ad absurdum führen können, wenn die nachträgliche Verbürgung unmittelbar vorher zur Darstellung gekommen wäre, was er zwar nach dem überlieferten Text behaupten zu dürfen glaubt, was aber in Wirklichkeit nicht der ursprünglichen Gestaltung desselben entspricht.

1) ad Att. 12, 17; ad famil. 6, 18, 3.

2) Paul. diac. 41; 59 (Bruns. Fontes II S. 6).

3) Zeile 13 (Bruns, Fontes I S. 161).

4) Weitere Belege ergeben sich aus der entsprechenden Anwendung der u. S. 157 ff. für die Auslegung des „confideiussor“ beigebrachten Argumente.

Indes bleibt noch eine Lücke zu füllen. Wir befinden uns, wie gesagt, in der Erörterung der gleichzeitigen Verbürgung. Dort haftet der Bürge nur auf seinen Kopfteil, wie erwiesen ist. Was soll nun der Schlufssatz, der diese Teilhaftung doch erst von einem Dolus des Gläubigers abhängig macht? Hier gibt das einleitende „quod si“ einen Fingerzeig. Es deutet gegensätzlich auf einen Fall, in dem zwar nach dem oben Gesagten prinzipiell die *lex Furia* Platz greift (also auf den Fall gleichzeitiger Verbürgung), in dem aber aus besonderen Gründen die Teilhaftung ausgeschlossen wird. Ein solcher Fall ist nun aus der Stelle nicht zu entnehmen, aber leicht zu vermuten und zwar aus den die Teilhaftung unmittelbar vorher begründenden Worten: „propter incertum aetatis ac restitutionis“ in Verbindung mit dem nunmehr behandelten *dolus creditoris*.

Wie wäre es denn, wenn der Bürge bei seiner Verbürgung sich nicht in einem *incertum* zunächst über die *aetas* seines sich gleichzeitig verpflichtenden Mitbürgen befunden hätte? Dann lag der Fall doch keineswegs mehr ebenso wie im vorangehenden Satze, wo gerade das „*incertum aetatis ac restitutionis*“ als ausschlaggebend hervorgehoben wird. Ob diese Verschiedenheit freilich hinreichte, um den Fall mit dem des *pr.* auf eine Stufe zu stellen und somit den Prätor zur *datio* einer *actio in solidum* zu veranlassen, war eine andere Frage, da dem Bürgen im *pr.* bereits das Resultat des *frustra intercedere* bekannt ist oder sein muß ¹⁾, während er mit der Kenntnis des Alters des Minderjährigen noch keine Gewissheit über das in letzter Linie allein Entscheidende hat, ob derselbe eine *in integrum restitutio* beantragen und durchsetzen wird. Hier mochte eine Meinungsverschiedenheit sehr wohl bestanden haben, und so wird es auch nicht möglich sein, Papinians Entscheidung zu rekonstruieren. — Nur einen Schritt weiter in demselben Gedankengange würde es bedeuten, wenn

1) Das ist deshalb möglich, weil die Einfügung der *exceptio S. C. Vel-
leiani* vom Willen der Frau unabhängig war und von Amts wegen erfolgte:
vgl. Gradenwitz, Ungültigkeit oblig. Rechtsgeschäfte S. 74 ff., v. Koschem-
bahr-Lyskowski, Theorie der Exceptionen I S. 111, E. Heymann,
Vorschützen der Verjährung S. 44, Heumann-Seckel, Handlexikon *
S. 180 Sp. 2.

jetzt zu dem Fall des „certum aetatis ac restitutionis“ übergegangen würde. Nun ist dieser Fall zwar nicht denkbar, da der Bürge wenn auch über die künftige Beantragung der Restitution, so doch nie über ihre Erlangung Gewißheit haben könnte: wohl aber — und hier beginnt die Annäherung an den Gedanken des Schlufssatzes — mochte sich die Gewißheit des Sponsors über Alter und Restitutionswillen des minderjährigen Mitbürgen zu einem *dolus* steigern, quo „*inductus sit minor, ut spondeat*“. Und hier konnte ein Zweifel nicht mehr bestehen. Ebenso wie „*qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurritur*“¹⁾, so wäre es eine empörende Unbilligkeit, den Sponsor, der in betrügerischer Absicht einen wahrscheinlich²⁾ später wegfallenden Consponsor vorschiebt, um nur für die Hälfte zu haften, des ihm iure civili zustehenden *beneficium legis Furiae* teilhaftig werden zu lassen. Dafs hier dem Gläubiger eine *actio in solidum* gewährt werde, erheischte die Billigkeit sogar noch dringender als im Falle des *princ.*, wo möglicherweise nur eine Fahrlässigkeit des Sponsors in Frage stand. Wenn nun aber („*quod si . .*“) in diesem Falle gleichzeitiger Verpflichtung nicht der Sponsor den Gläubiger, sondern der Gläubiger den Sponsor durch Herbeiführung der Spondierung eines Minderjährigen arglistig getäuscht hat, dann mufs natürlich das Gegenteil gelten, und der Creditor erhält keine *actio in solidum*: „*non creditori succurrendum erit adversus consponsorem*“.

So läuft alles vorzüglich, und man wird diese Vermutung auch nicht gesucht schelten dürfen: denn es mufs zugegeben werden: 1. wenn Papinian an den Fall des „*incertum aetatis ac restitutionis*“ den des „*certum aetatis*“ und an diesen wieder den des *dolus sponsoris* angeschlossen hätte, so hätte er in diesem letzteren Fall dem Gläubiger zweifellos eine *actio in solidum* gewährt; 2. dafs Papinians Gedankengang aber der

1) Paul. I 9, 6.

2) Nur in Verbindung mit dem *dolus sponsoris* ist diese Wahrscheinlichkeit sicher fähig, zu einem *corrigere des ius civile* zu führen; ob schon in Verbindung mit dem „*scire*“ oder „*scire posse*“, wie das Goldschmidt, Jher. Jahrb. Bd. 26 S. 358 meint, mufs dahingestellt bleiben.

vorbezeichnete gewesen ist, ist außerordentlich wahrscheinlich, wenn man bedenkt, daß dazu das „incertum“ unmittelbar anreizte, daß der Fall des Principiums, der mit dem des § 1 verglichen werden soll, inneren Anlaß bot und daß drittens der Schlusssatz sich dann ganz ungezwungen erklären läßt und geradezu als notwendig so erwartet wird, während er andernfalls unverständlich bleiben muß. Zu dem allen kommt, daß, wo die Kompilatoren bereits der Streichung zweier Sätze überführt sind, eine allzu große Zurückhaltung, ihnen auch die Weglassung eines dritten zur Last zu legen, nicht angebracht scheint. Der Grund dafür ist hinreichend in der allgemeinen Tatsache gelegen, daß die ganze Erörterung des § 1 auf ein Institut zugeschnitten war, das die Kompilatoren notorisch verfolgten: lediglich von dem zufälligen Umstande, ob ein Satz von seinem ursprünglichen Inhalt gar nicht zu trennen war oder aber durch einige Interpolationen sich einem neuen Inhalte anpassen ließe, hängt es daher ab, ob uns statt Papinian Tribonian oder aber gar nichts als Ersatz geboten wird.

So mag die Stelle in ihrem ursprünglichen Zustande ausgesehen haben. Es steht nun noch die oben ¹⁾ offen gelassene Frage aus, welches denn, da die Minderjährigkeit nicht in Betracht kommt, der Grund sein mag, aus dem Papinian im Falle der nachträglichen Verbürgung des minor den volljährigen Bürgen auf das Ganze haften läßt. Es bleibt nichts anderes übrig, als ihn in der Nachträglichkeit der Verbürgung selbst zu erblicken. Aber das scheint uns keineswegs ein Notbehelf zu sein, sondern in der Natur der Sponsio tief begründet zu liegen. Schon oben ²⁾ ist darauf hingewiesen worden, wie das Regrefsrecht der lex Appuleia und auch das Teilhaftungsrecht der lex Furia durchaus aus dem Gedanken entsprungen sind, daß die mehreren Sponsoren in einer „quaedam societas“ zu einander stehen, und wie dieser Gedanke noch zu Gaius' Zeiten durchaus lebendig ist. Seit jenen Gesetzen mochte er sich nun zunächst nicht weiter als praktisch wichtig erwiesen haben, da eben sämtliche Sponsoren für dieselbe Schuld stets Consponsoren im strengen

1) S. 103.

2) S. 68 ff.

Sinne des Wortes, also Quasisocii waren und ihnen daher die gesetzlichen Benefizien ohne weiteres zukamen. — Das mußte eine Änderung erfahren, seitdem Proculus die Nachträglichkeit der Spondierung gestattete. Denn da, um von der praktisch in erster Linie wichtigen ¹⁾ Teilhaftung zu reden, die Anwendbarkeit derselben in dem praedicere der lex Cicereia ihre Grundlage fand, dieses aber, wie gezeigt ²⁾, gerade soweit es auf die Ratenhaftung Bezug hat ³⁾, mit der unitas actus seinem Wesen nach steht und fällt, so war hier, wo die unitas actus aufgegeben wurde, ein praedicere der Zahl der Sponsoren nicht mehr möglich. Dieses Moment ist zwar nicht ausschlaggebend, weil die Teilhaftung eben auf der lex Furia und nicht auf der lex Cicereia beruht, doch bleibt es bemerkenswert genug, weil es die praktische Anwendbarkeit der lex Furia jedenfalls erschwert. Aber auch die lex Furia selbst mußte, wie sie auf der unitas actus aufgebaut war ⁴⁾, mit deren Schwinden versagen ⁵⁾. Nur

1) Vgl. Gai. III 122; s. auch u. S. 168 f., 192 ff.

2) S. 85 ff.

3) Soweit das praedicere für anderweite, in jedem Sponsor selbständig entstehende Rechtsfolgen, etwa die Unvererblichkeit oder die Haftungsbefristung von Bedeutung ist, ist es natürlich von der Wahrung der unitas actus unabhängig: vgl. daher oben S. 89.

4) Deshalb und weil zudem Gaius, wie ausgeführt, die Nachträglichkeit der Sponsio noch nicht anerkannte, sind die Einwendungen verfehlt, die Hasenbalg a. a. O. S. 479 f. gegen Liebe, der a. a. O. S. 224 — 226 bereits völlig richtige Gedanken entwickelt, geltend macht. Die leges Apuleia und Furia konnten unmöglich das Erfordernis der Gleichzeitigkeit der Sponsion besonders aufstellen, wenn es eine ungleichzeitige Spondierung überhaupt nicht gab. Für die ältere Zeit pflichtet Girtanner a. a. O. S. 17 Anm. 25 Liebe bei.

5) Keineswegs dagegen spricht, daß die lex Furia, wie das oben S. 95 aufgeführte Strafsburger Ulpianfragment zeigt, auch für die getrennte Sponsion ihre Bedeutung behielt und sogar, um auf sie anwendbar zu sein, einer neuen Interpretation bedurfte. Denn die Befristung der Haftung auf das biennium hatte mit der Bürgenmehrheit gar nichts zu tun (s. oben S. 72 f.) und kam auch jedem Einzelbürgen zugute. Daß das Fragment gerade diese Bestimmung der lex im Auge hat, erweist ja auch der Schlusssatz deutlich genug, in dem nach Ausscheiden des außerhalb Italiens angenommenen Sponsors nur ein einziger Sponsor übrig bleibt, den die lex Furia „relevant“.

Personen, welche zusammen, *uno actu*, dem Gläubiger gegenübertraten, verbanden sich natürlicherweise selbst unter einander und vereinigten sich zu einer Gemeinschaft, welche ihrerseits rechtliche Wirkung zu äußern imstande war. Wo hingegen nur der eine völlig getrennt von dem anderen und ohne Bezugnahme auf ihn spondierte, da war gar keine Grundlage vorhanden, auf der selbständige rechtliche Beziehungen zwischen ihnen hätten erwachsen können.

Man wende hier nicht ein, daß doch die nach außen sich kundgebende Gemeinschaftswirkung, die Korrealität, unverändert auch dann Platz gegriffen habe, wenn die Sponsoren sich zu verschiedenen Zeiten verbürgt hätten: daß aber was der Korrealität recht, der „societas“ billig sein müsse und diese insbesondere auch keine weitergehenden Voraussetzungen erfordern dürfe. Denn diese Schlusfolgerung übersieht, daß die Korrealität, in welcher getrennt verpflichtete Sponsionsbürgen zu einander stehen, keine primäre, in sich selbst gegründete, sondern nur eine abgeleitete ist. Sie ist eine unumgänglich notwendige Folge aus der im Akzessionsverhältnis selbst begründeten, auch nie bestrittenen Tatsache, daß die Klagen gegen Hauptschuldner und Bürgen in Konsumtionskonkurrenz mit einander stehen ¹⁾. Denn wenn der Hauptschuldner A belangt wird, so werden alle Bürgen B, C, D, E frei und zwar ein jeder für sich, da die *actio* gegen einen jeden *de eadem re* mit der gegen den Hauptschuldner gerichteten *actio* ist. Wird andererseits der Bürge B zur *litis contestatio* veranlaßt, so wird *vice versa* jedenfalls der Hauptschuldner A frei: das aber wirkt wieder auf die mit der *actio* gegen den Hauptschuldner *de eadem re* lautenden Aktionen gegen die Bürgen C, D, E zurück, und so werden diese Aktionen mittelbar auch konsumiert.

So führt hier lediglich das akzessorische Verhältnis zwischen Haupt- und Bürgschaftsobligation diese Korrealitätswirkungen zwischen den einzelnen Bürgen herbei ²⁾. Wo dasselbe in Fort-

1) Trefflich sagt Eisele, Archiv f. d. zivil. Prax. Bd. 77 S. 423: Bei der Bürgschaft „wird die *eadem causa* ersetzt durch das Akzessionsverhältnis der beiden Obligationen“.

2) Vgl. auch Eisele a. a. O. S. 462.

fall kommt, wie zwischen prinzipalen Correi, da ist denn auch die *unitas actus* die ganze klassische Zeit hindurch wesentlich geblieben. Ganz das gleiche muß dann aber auch von der *Quasisocietas*, dem Innenverhältnis der Sponsionsbürgen zu einander gelten. Denn in diesem Verhältnis unter sich sind die akzessorischen Correi um nichts weniger prinzipale Correi als jene, nur daß auf sie eben die speziellen Bürgschaftsbestimmungen, vor allem die Bürgschaftsgesetze zur Anwendung gelangen¹⁾: das akzessorische Moment findet in den Beziehungen der Bürgen zu einander keinen Raum. So sehr dasselbe das Verhältnis des Bürgen zu Dritten, sowohl Hauptschuldner wie Gläubiger, beherrscht und daher auf diesem Gebiete in erster Linie maßgebend sein muß, so wenig kann es in irgend welcher Richtung auf die Verbindung einwirken, welche zwischen den Bürgen selbst sich spinnt. Es mochte daher Proculus immerhin darauf gedrungen haben, daß der Mangel der *unitas actus* der Verbürgung diese selbst d. h. ihre Geltung gegenüber Gläubiger und Hauptschuldner nicht mehr beeinträchtigt: daß die getrennte Verbürgung auch im Innenverhältnis zwischen den mehreren Bürgen dieselbe Wirkung äußere wie die gleichzeitige, wird und kann er nie gewollt haben: der *quaedam societas* ist nach wie vor die *unitas actus* unentbehrlich.

Damit stimmt zudem eine doppelte Ratio überein, die dem klassischen Rechte eigen ist. Da auch die *fideicommissa a debitorum relictis* sich als einseitige Anordnungen erklären lassen²⁾, so kennt es Verträge zu Gunsten Dritter jedenfalls nicht³⁾. Ein

1) Vgl. auch Liebe a. a. O. S. 224, Helmolt, Korrealobligationen S. 88, Binder a. a. O. S. 155.

2) Vgl. darüber Kipp bei Windscheid, Pandekten^o II S. 297 Anm. 4a gegen Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 1ff.

3) S. Seuffert in seinem Archiv Bd. 6 S. 58 Anm. 2; vgl. auch Entscheidung des Oberhofgerichts Mannheim, ebenda Bd. 3 S. 284; dagegen Girtanner, Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 43 S. 292ff. nicht überzeugend; vor allem ist seine, übrigens auch bei Goldschmidt a. a. O. Bd. 26 S. 858, 370, Windscheid-Kipp^o a. a. O. II S. 1100 Anm. 7 und Knoll, Das benef. divisionis des Bürgen (Bresl. Diss. 1895) S. 17 zu findende, a contrario aus dem „si postea minor intercessit“ gefolgerte Argumentation, daß, wenn

solcher wäre aber in der nachträglichen Spondierung zu erblicken, wenn der früher verpflichtete Bürge daraus ein Teilhaftungsrecht schöpfen könnte; und stände dieser Vertrag schon so einzig in seiner Art da, so erhöht sich seine Eigentümlichkeit noch bedeutend dadurch, daß das Recht des Dritten in ihm gar nicht einmal erwähnt noch überhaupt gewollt wird, sondern als selbstverständlich aus ihm entspringen soll und zwar noch dazu als ein Recht, das seiner ausdrücklichen Verpflichtung auf das Ganze geradezu widerspricht, also in seine bestehende Verpflichtung ohne sein Zutun eingreift. Ein solches Verfahren sieht den Römern doch wenig ähnlich, deren Grundsatz es ist, jeden seine Rechte und Pflichten selbsttätig begründen zu lassen.

Dazu kommt aber ein zweites. Gerade bei der Anwendung der *lex Furia* teilt uns Papinian in D. 46, 1, 48 pr. die besondere Ratio mit, welche auf das seire des sich Verbürgenden das Hauptgewicht legt. Wenn nun schon der auf das Ganze haftet, der nur wissen mußte, daß der ordnungsmäßig prädierte Mitbürge einer Verbürgung unfähig sei, so kann doch der, welcher sich in *solidum* verpflichtet, also ganz allein verpflichtet sein will, nachträglich eine Teilhaftung erst recht nicht beanspruchen. Es wäre auch eine merkwürdige Handhabung eines zivilen Rechtssatzes, wenn es vom Zufall abhängig wäre, ob dem Gesetze, das Teilhaftung vorschreibt, Genüge geschähe oder nicht: denn lediglich dem Zufall bleibt es anheimgestellt, ob der erste Bürge von der zweiten Verbürgung und daher von der Teilungsmöglichkeit Kenntnis erhält. Und nicht minder Zufall ist es, ob der zweite Bürge von seinem Vorgänger etwas erfährt. Hier wäre ja auf den Dolus des Gläubigers geradezu eine Prämie gesetzt: verrät er dem zweiten Bürgen nichts von der ersten Bürgschaft, so kann er *de facto* auch ihn auf das Ganze belangen; anderenfalls muß er sich mit der Hälfte begnügen. — Man wende nicht etwa ein, daß in verkehrsärmeren Zeiten ein solches Gebot wie das der

umgekehrt der *maior postea* interzediere, die *lex Furia* Platz greife, durch nichts begründet. Der Zusammenhang mit dem von der gleichzeitigen Verbürgung handelnden *Principium* fordert vielmehr nur diese als Gegensatz zu dem „*si postea*“-Fall.

Gleichzeitigkeit nicht allzu hemmend zu wirken brauche, daß es dagegen in dem weltumfassenden Rom der klassischen Zeit schon im Hinblick auf die praktische Handhabung unausführbar und somit die gesetzliche Bestimmung einfach illusorisch sei. Dem steht ohne weiteres entgegen, daß es nie eine Norm gegeben hat, nach welcher sich ein Bürge nur auf das Ganze der Hauptschuld verpflichten konnte, und daß es vielmehr ein seit alters anerkannter Grundsatz war, der die Verbürgung für ein minus gestattete ¹⁾. So hatte es denn jeder Bürge, der nur auf einen Teil haften wollte, in der Hand, in dieser Weise zu spondieren: unabhängig von seinem Willen, dem er durch ein unbeschränktes „idem“ Ausdruck gegeben hatte, eine Teilhaftung herbeizuführen, konnte daher ebenso wenig in seinem rechtlich beachtlichen Interesse liegen, wie es andererseits die Interessen von Gläubiger ²⁾ und Hauptschuldner außerordentlich beeinträchtigt hätte. Zudem hatte unter Umständen ein späterer Bürge noch obendrein die Möglichkeit, den früheren Bürgen zu einer nochmaligen Sponsion zu veranlassen ³⁾ und so uno actu die quasi-societas mit diesem herzustellen.

So verlassen wir die Sponsio am Ausgange des klassischen Zeitalters in einer Ausgestaltung, die sich, soweit wir nach der Lage der Quellen urteilen können, wesentlich nur in einem Punkte von derjenigen unterschied, die sie dreieinhalb Jahrhunderte früher durch die lex Cicereia erfahren hatte: das Erfordernis der unitas actus wurde insofern beseitigt, als diese zur Herbeiführung des Bürgschaftseffektes nicht mehr nötig war, wohingegen sie auch fernerhin unentbehrlich blieb, soweit es sich um das Verhältnis der mehreren Bürgen zu einander handelte.

Einen weiteren Einblick in die Entwicklung der Sponsio und Fidepromissio gestatten uns die interpolierten juristischen Quellen nicht. Nur das läßt sich aus ihnen sowie aus der

1) Vgl. Gai. III 126.

2) Über die Schädigung dieser Interessen vgl. die treffliche Ausführung Hasenbalgs a. a. O. S. 474 ff.

3) der, wenn er nicht selbst kommen wollte, seinen Sklaven schicken konnte (Ulp. D. 45, 1, 1 pr.).

kirchlichen Überlieferung entnehmen, daß die Sponsio noch im 5. Jahrhundert nicht ganz untergegangen war. Zunächst ergibt die *lex Romana Burgundionum* 14, 7¹⁾, daß der *Codex Gregorianus* noch einen Titel „De sponsoribus et fideiussoribus“ enthalten hat. An sich könnte man schwanken, ob darin mehr als eine Reminiszenz an die Ediktsrubrik („de fideiussore et sponsore“²⁾) zu erblicken sei, da der Inhalt des Titels, soweit er von der *lex* mitgeteilt wird, ausschließlich von den Fidejussoren spricht³⁾. Aber dieses Bedenken entfällt, wenn man den Sponsor noch im *Codex Theodosianus* in zwei Konstitutionen wiederfindet, von denen die eine (C. Th. 8, 18, 1, 3⁴⁾) von 315, die andere (C. Th. 3, 15, 1⁵⁾) von 392 datiert ist, die aber beide bei der Kodifikation im Jahre 438 noch nach ihrem vollen Umfange in Kraft gewesen sein müssen; freilich wird die Erwähnung der Sponsio zu dieser Zeit von großer praktischer Bedeutung nicht mehr gewesen sein, und auch die wahrscheinlich nur wenig jüngere⁶⁾ Interpretatio zu der letztgenannten Stelle beschäftigt sich lediglich mit den Fidejussoren. Um so weniger kann es zweifelhaft sein, daß die Titelüberschrift der *lex Romana Wisigothorum*⁷⁾ vom Jahre 506 „de fideiussore et sponsore“ nur als Kopie des Paulusfragmentes zu erklären ist und darüber hinaus selbständigen historischen Wert nicht beansprucht. Hingegen wird die Gebräuchlichkeit der Sponsio als Bürgschaftsform noch am Ende des 4. Jahrhunderts durch

1) Monum. Germ. hist. Leg. sect. I Leg. nat. Germ. II 1 p. 139 (ed. de Salis).

2) Paul. sent. I 20; vgl. Lenel, Edikt 1. Aufl. S. 167, 2. Aufl. I p. 243.

3) Vgl. auch Collectio libr. iur. anteiust. III p. 240sq.

4) = Lex Rom. Wisigoth. 8, 9, 1, 3 (ed. Haenel p. 160), ferner = C. Just. 6, 60, 1, 2, wo aber bezeichnenderweise die Worte „sponsorem aut“ gestrichen sind.

5) = Lex Rom. Wisig. 3, 15, 1 (Haenel p. 92).

6) Vgl. Fitting, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte Bd. 11 S. 247, 450f. s. auch P. Krüger, Gesch. d. Quellen S. 311f. und jetzt Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 S. 330 gegen Mommsens in den Prolegomena in Theodos. p. xxxvii geäußerte abweichende Ansicht.

7) 120 (Haenel p. 352).

die Vulgata vollauf bestätigt: daß Hieronymus bei der Übersetzung des Urtextes unterschiedslos ¹⁾ bald an die Sponsio, bald an die Fidejussio denkt, erweisen Stellen wie Proverb. 6, 1; 17, 18; 27, 13 einerseits und Proverb. 20, 16; Eccles. 29, 20 andererseits zur Genüge.

So wird denn erst im Laufe des 5. Jahrhunderts der Rechtszustand eingetreten sein, auf dem die justinianische Kompilation beruht ²⁾. Aber im Gange ist diese Entwicklung sicherlich schon Jahrhunderte hindurch, merklich beginnend vielleicht seit dem Erlaß Caracallas über das römische Bürgerrecht. Denn daß wir in den Schriften der Klassiker die Stellung der Sponsio noch kaum erschüttert sehen, mag recht wohl darauf zurückzuführen sein, daß die Sponsio, solange sie das Privilegium der *cives Romani* war, in diesen Kreisen sich um so größerer Beliebtheit fortgesetzt erfreute, als diese Privilegien eins nach dem anderen kosmopolitischen Strömungen zum Opfer fielen. Seit jedoch mit dem römischen Bürgerrechte auch die Sponsio selbst profaniert war ³⁾, schwand

1) Die Septuaginta verwendet sowohl in *Παρ.* 6, 1; 17, 18 wie in *Σειρ.* 29, 15 gleichmäßig *ἑγγυος*, *ἑγγυάν*.

2) Wenige Tatsachen stehen so fest wie die, daß Justinian die Sponsio nicht mehr gekannt hat. Und trotzdem sollte, wie *Cuq* l. c. II p. 546 n. 3 anscheinend will, aus der aus den Basil. 26, 1, 93 restituierten justinianischen C. 8, 40, 29 gefolgert werden, daß damals das biennium legis Furiae noch Rechtens gewesen sei? Die „*δυσία*“, auf welche sich nach dieser lex die Dauer einer für Zinsen übernommenen Bürgschaft beschränkt, kann um so mehr als eine Schöpfung Justinians betrachtet werden, als sie in der durch C. 8, 40, 27, 1 eingeführten zweimonatigen Befristung der „*sine scriptis*“ eingegangenen Fidejussio ein entsprechendes Gegenstück findet: vgl. schon *Cuiac. observ.* 19, 34 i. f. (*opera Neap.* 1758 III p. 565); auch *Geib a. a. O.* S. 80 Anm. 4 nennt diese beiden Konstitutionen zusammen.

3) Zu dieser Vermutung paßt vorzüglich, daß Ulpian in D. 1, 5, 17 überlieferte Bemerkung „*in orbe Romano qui sunt, ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt*“ gerade aus dem 22. Buche seines Ediktcommentars stammt, in welchem er von der Bürgschaft handelt: vgl. *Lenel*, Edikt 1. Aufl. S. 167 ff., 2. Aufl. I p. 243 ss. Allerdings hat *Lenel* S. 169, I p. 245 die Beziehung dieser Stelle zur Bürgschaft darin finden zu sollen gemeint, „daß die lex Furia sich ohne Zweifel nur auf römische Bürger bezog“. Uns scheint aber vielmehr vor allem mit Rücksicht darauf, daß die lex auch die Fidepromissores betraf, der gegenteilige Satz außer Zweifel zu stehen (vgl. oben S. 9, 11 f., 67 f.), ins-

jeder äußere Grund, sich ihrer zu bedienen. Innerlich aber wurde sie schon längst nicht mehr den Forderungen gerecht, die man an eine Bürgschaft stellte. Die Gründe dafür werden sich sehr wahrscheinlich mit denen berühren, welche das Auftauchen der Fidejussio überhaupt erklären; sie werden sich daher leicht von selbst ergeben, wenn wir uns nunmehr zur Betrachtung der Fidejussio wenden.

besondere seitdem er nun durch die eindringlichen Ausführungen Appletons, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 pp. 18—34 in vielfacher Hinsicht neu begründet worden ist (frühere Gegenansichten s. oben S. 96 Anm. 4). Dagegen spricht keinesfalls Gai. IV 22, auch wenn die dort erwähnte legis actio nur römischen Bürgern zustand, und ebenso werden die von Lenel zitierten Ausführungen Wlassaks, Proz. Ges. II S. 156 ff., wie Lenel nunmehr selbst in d. Sitz.-Berichten 1904 S. 1166 Anm. 2 anerkennt, durch das neu entdeckte Ulpianfragment (s. oben S. 95) desavouiert. Appletons eigene Erklärung von D. 1, 5, 17 (l. c. p. 31 n. 1) berührt sich mit der unseren.

Zweites Kapitel.

Die Fidejussio.

§ 6.

Das Alter der Fidejussio.

Vorerst muß kurz auf die Zeit der Entstehung der Fidejussio eingegangen werden. Auf die Verse ¹⁾:

„Tr. Quattuor quadraginta illi debentur minae.

Dic te daturum, ut abeat. Th. egon' dicam dare?

Tr. Dic. Th. egone? Tr. tu ipsus dic modo, ausculata mihi.

Promitte; age inquam: ego iubeo.“

stützt Bekker ²⁾ die Behauptung, daß Plautus die Fidejussio bereits gekannt habe, und auf dieser Grundlage baut er dann sehr ausführlich eine Entwicklung der Fidejussio auf, nach der diese erst ganz allmählich die Gestalt angenommen habe, in der sie uns heute bei Gaius entgegentritt. Indessen greift diese Deutung der Verse gänzlich fehl, und sie ist, soweit wir sehen, nirgends nachgeahmt worden. Auch Costa ³⁾ führt die Stelle nur unter den „*accenni a convenzioni accessorie dirette*“ an, welche „*hanno invero già tracce della fideiussione, per mezzo del rinnovamento della stipulazione*“, woraus sich ergibt, daß er „*fideiussione*“ nicht etwa technisch als *fideiussio* versteht. In Wahrheit heißt „*iubeo*“ ganz wie in seinem eigentlichsten Sinne: „*ich befehle es dir*“, dem das „*ausculata mihi*“ („*gehörche mir*“) genau entspricht. Zudem sucht man nach einem „*fide iubeo*“ vergebens. Weiterer Widerlegung bedarf die Auffassung wohl nicht.

1) Plaut. *Mostell.* III 1 vv. 102—105.

2) *Proc. Cons.* S. 192.

3) *Diritto romano nelle comedie di Plauto* p. 300.

Aber auch die herrschende Meinung scheint die Fidejussio für zu alt auszugeben ¹⁾. Man ist im allgemeinen auf Grund von Gai. III 123, 124 dahin übereingekommen, die Fidejussio für jünger als die lex Cicereia und für älter als die lex Cornelia zu halten, diese aber Sulla zuzuschreiben ²⁾, so daß für die Entstehung der Fidejussio der Zeitraum zwischen dem ausgehenden 6. Jahrhundert und der Mitte des 7. Jahrhunderts in Betracht käme ³⁾. Aber Girard selbst gibt zu, daß man keineswegs mit völliger Sicherheit Sulla als Autor anerkennen dürfe, indem er auf jene lex Cornelia hindeutet, die den Prätor verpflichtete, nach seinen Edikten Recht zu sprechen, und die von einem im Jahre 687 (67) amtierenden Volkstribun Cornelius stammt ⁴⁾. Allein man wird noch weiter gehen können und überhaupt besser darauf verzichten, die Zeit des Bürgschaftsgesetzes nach Jahrzehnten genauer zu bestimmen ⁵⁾, wenn man an die Unzahl der Magistrate denkt, welche diesen Namen trugen ⁶⁾.

Ferner aber halten wir es auch keineswegs für ausgemacht, daß die lex Cornelia wirklich schon das Bestehen der Fidejussio voraussetzt. Gaius zwingt durchaus nicht zu dieser Annahme. Denn zunächst sucht das den § 124 einleitende „sed“ seinen Gegensatz gar nicht in dem unmittelbar Voraufgehenden, insbesondere aber nicht in den Worten „qua lege fideiussorum mentio nulla fit“, die durch einen weiteren Satz von dem „sed“ getrennt sind, son-

1) Pernice, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 19 S. 126 setzt sie in „alte Zeit“ im Gegensatz zur „spätrepublikanischen Zeit“.

2) z. B. Dernburg, Pandekten¹ II S. 208 Anm. 4; Cuq l. c. II p. 545 n. 1 vermutet in ihr sogar spezieller ein Kapitel der von Sulla stammenden lex sumptuaria (a. 673 = 81). Appleton, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 p. 42 s. spricht 666 (88) oder gleichfalls 673 (81) als Entstehungsjahr an.

3) Vgl. Girard l. c. p. 750 n. 1, Cuq l. c. II p. 545 (s. auch u. S. 123 Anm. 2), W. Stintzing, Beiträge z. römischen Rechtsgeschichte S. 6, Voigt, Jus naturale IV S. 424 f., der die Fidejussio übrigens auch in der lex Julia vicesimaria erwähnt findet, ohne dafür einen anderen Grund anzugeben als den völlig unzulänglichen Hinweis auf Gai. III 125.

4) Vgl. auch l. c. p. 751 n. 9, p. 41 n. 3.

5) Auch Heimbach, Lehre v. d. Creditum (1849) S. 24 f. beschränkt sich auf die Festlegung weiter Grenzen.

6) Vgl. oben S. 65 Anm. 10.

dern es dient offensichtlich der Einleitung eines neuen, zu dem vorigen im Gegensatze stehenden Abschnittes. Während in den §§ 118—123 die Beziehungen hervorgehoben werden, welche die *condicio fideiussoris* gegenüber der *condicio sponsoris et fidepromissoris* als *dissimilis* erscheinen lassen, geht Gaius nun bis zum § 127 auf die Fälle ein, in denen „*par condicio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum*“. Und da er sich gerade in der Erörterung von *leges* befindet, so kommt er zuerst darauf zu sprechen, daß auch die Fidejussio der *lex Cornelia* unterworfen sei. Aber braucht die *lex* deswegen die Fidejussio auch schon genannt, schon gekannt zu haben? Trefflich weisen Appleton ¹⁾ und Karlowa ²⁾ auf den Wortlaut hin, durch den uns Gaius den Inhalt überliefert: er redet weder von der *Sponsio* noch von der *Fidepromissio* noch von der Fidejussio, sondern drückt sich ganz allgemein aus: „*qua lege idem pro eodem apud eundem eodem anno vetatur in ampliorem summam obligari creditae pecuniae quam in XX milia*“. Durch diese Fassung wird eben jedes Geschäft von der Bestimmung getroffen, das eine Verpflichtung für einen anderen zum Gegenstande hat: also auch die Fidejussio, nicht minder aber später Kreditmandat und Konstitut, wiewohl sie doch sicherlich niemand für älter wird halten wollen als die *lex Cornelia*. — Zudem bestärkt Gaius dieses Ergebnis noch in zwiefacher Hinsicht ³⁾. Einmal erweist er durch

1) *Revue l. c.* p. 561; neuerdings führt er *Zeitschr. d. Sav.-St.* Bd. 26 p. 40 n. 1 diese Ausdrucksweise allerdings gerade darauf zurück, daß die Fidejussio von der *lex Cornelia* bereits bewußt mitgetroffen worden sei; eine Begründung aber fehlt.

2) *A. a. O.* II S. 736.

3) Nicht dagegen spricht, daß er „*credita pecunia*“ im eminenten Sinne diejenige nennt, „*quam credendi causa damus*“, worin keinesfalls ein Hinweis lediglich auf die der *Sponsio* unzugängliche reine *Numeratio* zu erblicken ist. Denn einmal liegt der Ton wohl gar nicht, wie Savigny, *System* V S. 536 allerdings meint, auf dem „*damus*“, sondern vielmehr auf dem „*credendi causa*“, durch welches das *Creditum* gegenüber allen übrigen *Obligationen* in einen Gegensatz gestellt wird, so daß auch das „*verbis credere*“ (vgl. *Paul. D.* 12, 1, 2, 5) darunter begriffen sein könnte (vgl. die entsprechende Gegenüberstellung in *Ulp.* 50, 16, 178 pr. und *Hermog. D. eod.* 222; s. auch *W. Stintzing*, *Beitr. z. röm. Rechtsg.* S. 6). Ferner aber war sicherlich nicht der „*simple*“ (s. u. S. 214 Anm. 1) *Real-*

die kommentarmäßige Behandlung erst von „*credita pecunia*“, sodann von „*pecunia*“, daß er sich bei seiner Inhaltsangabe, wenigstens was diese Worte anlangt, genau an den Gesetzestext gehalten, womit er den Schluß nahelegt, daß die übrigen von ihm angeführten Worte auf gleiche Authentizität Anspruch machen dürfen. Außerdem muß es auffallen, daß Gaius bei der näheren Erläuterung der *lex* von den „*sponsores vel fidepromissores*“ redet, nicht aber von den *fideiussores*: ein so außerordentlich verdächtiges Moment, daß sich Huschke¹⁾ veranlaßt gesehen hat, ein „*vel fideiussores*“ als ausgefallen dahinter wieder einzuschalten. Uns leitet das vielmehr zu der kaum ganz abwegigen Vermutung, daß Gaius eine Interpretation des Gesetzes vorlag, die entweder selbst eine *Fidejussio* noch nicht kannte oder von dem Rechtszustande sprach, den die *lex Cornelia* unmittelbar zur Folge hatte. Beides würde möglich sein und in gleicher Weise dazu führen, die *lex Cornelia* als vor der *Fidejussio* entstanden zu betrachten. Hingegen muß die Auslassung der *Fidejussio* der herrschenden Meinung einfach unverständlich sein.

Ebenso nichtssagend muß sie sich einer anderen Erscheinung gegenüber verhalten, welche unsere Vermutung positiv zu stützen geeignet ist. Es ist immerhin bemerkenswert, daß die großen Historiker des letzten Jahrhunderts der Republik und der beginnenden Kaiserzeit, Caesar wie Sallust, Nepos wie Livius eine *Fidejussio* nicht erwähnen. Allein man könnte mit Recht einwenden, daß es ihnen um das Privatrecht und vor allem um

vertrag die Regel, sondern der Realverbalvertrag (vgl. z. B. die bei Karlowa a. a. O. II S. 719 Anm. 1 zitierten Stellen, besonders aber die Aufstellung Modestins in D. 44, 7, 52 pr., § 3), der sich bei dem Bedürfnis nach Zins- und Vertragsstrafenberedungen häufig empfehlen mochte und bis zu der doch auch nach der herrschenden Meinung nicht allzu weit vor der *lex* anzunehmenden Einführung der *Fidejussio* neben dem reinen Verbalvertrag das einzig Mögliche war, wenn eine Verbürgung stattfinden sollte: vgl. noch Quinct. instit. orator. 4, 2, 6 (ed. Bonnell): „*certam creditam pecuniam peto ex stipulatione*“ und gerade für die republikanische Zeit (dazu Pernice, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 13 S. 268) Nep. Attic. 9, 5: „*ille se interposuit pecuniamque sine faenore sineque ulla stipulatione credidit*“.

1) Gaius S. 91.

das der Gegenwart überhaupt kaum eigentlich zu tun war. Denn Caesar berührt ebenso wenig die Sponsio oder Fidepromissio, Sallust und Nepos kennen zwar die Sponsio ¹⁾, ja Livius redet zu wiederholten Malen von ihr ²⁾: doch handelt es sich dann in der Regel um öffentlich-rechtliche Sponsionen, so daß hier ein für die Fidejussionsgeschichte verwertbares *argumentum e silentio* schwerlich gegeben ist. — Um so eher muß sich ein solches aus Cicero erbringen lassen. Denn wenn man daran denkt, wie häufig Cicero auf Rechtsfragen und rechtliche Verhältnisse privater Natur zu sprechen kommt, wenn man erwägt, daß zwar nicht die Fidepromissio ³⁾, wohl aber sponsio, sponsor, spondere im privatrechtlichen Sinne allenthalben bei ihm begegnen, ja daß die Redensart „sponsionem facere“ allein nicht weniger als 24 mal in den Reden steht ⁴⁾, dann muß die Tatsache, daß man nach fideiussio, fideiussor, fideiubere auch bei ihm vergebens sucht ⁵⁾, schon bedeutendes Gewicht erhalten, und kaum gewagt wird der Schluß scheinen, daß Cicero die Fidejussio einfach noch nicht kannte ⁶⁾.

Dadurch aber sind wir in die Notwendigkeit versetzt, die Entstehungszeit der Fidejussio etwa ein halbes Jahrhundert weiter hinunterzuschieben und ihr Aufkommen ganz ans Ende der Republik zu verlegen. — Eine untere Grenze bestimmt die oben ⁷⁾ besprochene, auch an sich sehr wahrscheinliche Tatsache, daß Proculus oder einer seiner Nachfolger ⁸⁾ die nachträgliche Spondierung unter

1) Vgl. Sall. Jug. 79, 4; Nep. Alc. 8, 2; Attic. 9, 4.

2) Vgl. vor allem 9, 5 ff.

3) Merguet, Handlexikon zu Cicero (1905); vgl. auch Bekker, Proc. Cons. S. 185. — Das erklärt sich leicht, weil die Fidepromissio keine zwischen Bürgern gebräuchliche Geschäftsform war (vgl. oben S. 67 f.).

4) a. Merguet, Lexikon zu den Reden des Cicero (1880) II S. 308.

5) Vgl. Merguet, Handlexikon.

6) So auch Liebe a. a. O. S. 227 und in Weiskes Rechtslexikon V S. 512, Girtanner, Bürgerschaft S. 19 f.; dagegen glaubt sie Voigt a. a. O. IV S. 424 Anm. 79 bei Cicero zweimal erwähnt zu finden: in der Rede p. Flacco 20, 46, wofür es an jeglichem Grunde mangelt, und in den Briefen ad Att. 12, 17, wo der ausdrückliche Wortlaut gegen ihn zeugt: über die letztere Stelle vgl. Karlowa a. a. O. II S. 785 Anm. 1.

7) S. 88 f.; vgl. auch u. S. 128 f.

8) Vgl. oben S. 88 Anm. 5.

Anlehnung an das Fidejussionsinstitut empfohlen habe. Das setzt voraus, daß zu seiner Zeit die Fidejussio nicht mehr ganz neu war, sondern sich schon vollkommen eingebürgert hatte. Unter diesen Umständen ist es vielleicht kein Fehlgriff, wenn wir die Einführung der Fidejussio auf Labeo zurückführen. Zwar suchen wir nach irgend einem Beleg, welcher die Vaterschaft oder wenigstens eine wesentliche Beziehung Labeos zu der Fidejussio bezeugen könnte, ganz erfolglos. Aber ein solcher begegnet ebenso wenig für eine andere Zeit, und solange es nicht geglückt ist, das rätselhafte Dunkel, das über der Entstehung eines so spät aufgekommenen, schnell so verbreiteten und so viel behandelten Institutes schwebt, mehr zu erhellen, als das bisher gelungen ist ¹⁾, scheint uns keine Hypothese völlig nutzlos zu sein.

Für unseren Versuch sei angeführt: wenn wir der Altersreihe der römischen Juristen folgen, wie sie Lenel in seiner *Palingenesie* ²⁾ gibt, so rangieren vor Labeo 22 an der Zahl. Unter ihnen haben sich zwar die meisten in nur wenigen Fragmenten erhalten, welche keine Schlusfolgerung gestatten; immerhin verzeichnet aber Lenel von Q. Mucius Scaevola 56 Fragmente, von Servius 97, von Alfenus 90, von Ofilius 58 und von Trebatius 87. Trotzdem ist unter all diesen Stellen nur eine einzige, welche von „fideiussor“ und „fideiubere“ spricht: die D. 17, 1, 48 pr., in welcher Celsus einen Auszug aus Q. Mucius Scaevola gibt: sie erklärt Lenel ³⁾ bezüglich dieser Worte bereits für interpoliert, und wenn wir seinem Grunde auch nicht beistimmen können ⁴⁾, so ist doch die Annahme ihrer Interpolation keinesfalls von der Hand zu weisen. Auch Bremer ⁵⁾ hält die Stelle nicht für echt. Sachlich könnte sie genau so gut die Sponsio betreffen. Ferner steht fest, daß sie, angenommen Scaevola hätte hier von der Sponsio und nicht von der Fidejussio gehandelt, uns doch in kaum einem anderen Zustande überliefert

1) Vgl. darüber u. S. 129.

2) II S. 1246; vgl. auch Kipp, *Geschichte d. Quellen d. röm. R.* S. 90 ff., 102 f.

3) Pal. I S. 138 Anm. 2.

4) S. oben S. 4 Anm. 1.

5) *Jurispr. antehadrian. quae supersunt* I p. 101.

worden wäre als in dem vorliegenden: der viermalige „sponsor“ mußte unter jeder Bedingung fallen, und daß das „spopondisset“ hiervon mit fortgerissen wurde, ist eine keineswegs vereinzelte Erscheinung¹⁾. Unter diesen Umständen wird man sich vorsichtigerweise doch hüten müssen, von dem Muciusfragmente zu Gunsten eines höheren Alters der Fidejussio Gebrauch zu machen²⁾. Dann aber scheint das Fehlen jeder älteren zuverlässigen Nachricht um so bedeutsamer, als sich die Kompilatoren mit alter Gelehrsamkeit recht gerne aufputzten.

Nun, bei Labeo erscheinen plötzlich die fideiussores und zwar sofort, soweit wir sehen, in fünf Stellen, von denen drei mindestens an ihrer Echtheit keinen Zweifel lassen. Denn wenn selbst in Lab.-Ulp. D. 4, 2, 14, 6 und in der am Schluß vielleicht verdächtigen³⁾ Lab.-Ulp. D. 4, 8, 25, 2 sich für die Ursprünglichkeit der Fidejussio ebenso wenig anführen läßt wie gegen sie, so wären doch Lab.-Ulp. D. 16, 3, 1, 14, Lab. D. 20, 6, 14 und Javol. D. 46, 1, 46⁴⁾ mit den Sponsionsregeln einfach unvereinbar, da hier die obligatio principalis nicht mehr verbal, sondern bald ein depositum, bald eine locatio conductio, bald eine emptio venditio ist. Daß Labeo also die Fidejussio gekannt hat, wird sich nicht leugnen lassen; daß er ihr Schöpfer gewesen, mögen das immerhin bemerkenswerte Schweigen der älteren Quellen und der Ausspruch des Pomponius⁵⁾: „Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit“ wenigstens plausibel machen⁶⁾.

1) S. oben S. 4f.

2) wie es Cuq l. c. II¹ p. 545 n. 1, I² p. 251 n. 6 tut.

3) Wegen „absimilis“ vgl. einerseits Kalb, Juristenlatein S. 78, H. Appleton, Interpolations p. 92 n. 1, andererseits Wölfflin, Arch. f. latein. Lexikogr. Bd. 5 S. 512, Kalb, Die Jagd nach Interpolationen (Nürnberger Gymnasialabhandlung 1897) S. 38.

4) Die l. 46 cit. darf als den Büchern Javolens ex posterioribus Labeonis entstammend hierher gezogen werden; übrigens vermutet Bremer a. a. O. II 2 S. 488 f., daß die Stelle von Tribonian zusammengestrichen sei.

5) D. 1, 2, 2, 47.

6) Dagegen spricht das neue in Arausio gefundene Katasterfragment (s. Schulten, Hermes Bd. 41 S. 1 ff.), welches Z. 1—4 und Z. 8—11 die Worte „Man(ceps) C. Naevius Rusticus in perpet(uum) eius rei fide-

Ein Kind der Rechtswissenschaft hat ja schon Pernice ¹⁾ in der Fidejussio gesehen.

§ 7.

Innere Gründe für Aufkommen und Gestaltung der Fidejussio.

Das Aufkommen der Fidejussio liegt naturgemäß nicht in den Momenten begründet, in denen alle drei Verbürgungsarten übereinkommen, sondern in denen, die sie von einander scheiden. Denn sonst hätte man neben den beiden alten Instituten doch nicht das Bedürfnis gefühlt, noch ein neues, drittes zu schaffen. — Unter den hiernach in Betracht kommenden Eigentümlichkeiten lassen sich aber diejenigen leicht absondern, die unmittelbar auf die Einführung einer ganz neuen Form hingewirkt haben müssen ²⁾. Und das zu erkennen, ist nicht ganz unwesentlich. Denn an sich widerspricht es aller Rechtspolitik, ein altbewährtes Institut deshalb völlig in den Schatten zu stellen, weil es in dieser oder jener Beziehung neuen Bedürfnissen nicht mehr

iussor C. Vesidius Quadratus“ enthält, selbst dann nicht, wenn es wirklich, wie Schulden S. 25, 42 ff. (übrigens nicht ganz im Einklang mit seinem Ansatz auf S. 2) meint, auf den von Augustus in den Jahren 27 bis 12 a. Chr. abgehaltenen gallischen Zensus sich bezieht und daher etwa von 20 a. Chr. zu datieren ist. Denn Labeo ist sicherlich (vgl. Pernice, Labeo I S. 9 ff., Jörs bei Pauly-Wissowa a. a. O. I Sp. 2548 f.) schon um 50 a. Chr. geboren. Trotzdem scheint uns der Ansatz Schuldens keineswegs zweifelhaft. Sein Hauptargument, auf welches die sachlichen Gründe sich erst stützen, sieht er in der Schrift der Urkunde. Gerade die Schrift aber eines anderen, jedoch, wie Schulden selbst häufig (S. 2, 25, 42) hervorhebt, gleichzeitigen Katasterfragmentes (Corp. inscr. lat. XII p. 157, 824 [n. 1244]) hat Mommsen (Hermes Bd. 27 S. 103) abgesehen von sachlichen Erwägungen dazu geführt, das letztere Fragment nicht vor dem 2. Jahrhundert zu vermuten. Zu dieser Zeitbestimmung würde die Erwähnung des „fideiussor“ auch deshalb besser passen, weil es immerhin „auffallen“ (Schulden S. 14) müßte, wenn er bereits a. 20 a. Chr. bei öffentlichen Pachtverträgen verwendet worden wäre, bei denen die lex Ursonensis c. 93 (Bruns a. a. O. I S. 130) und selbst die ein Jahrhundert spätere lex Malacitana c. 63 (Bruns I S. 152) noch ausschließlich der alten Form des „praes“ gedenken.

1) A. a. O. Bd. 19 S. 181.

2) Girard l. c. p. 749 suiv. und Cuq l. c. II p. 545 suiv. betrachten sie sämtlich als gleich erheblich.

gerecht zu werden vermag: zunächst sucht man vielmehr, an einzelnen Teilen zu reformieren. Und gerade die Römer haben uns von dieser Fähigkeit, das Alte zu bewahren und vereinzelte unzeitgemäße Auswüchse modernen Bestrebungen anzupassen, zahlreiche Beispiele gegeben: kein auffallenderes als gerade im Sponsorenrechte. Nun brechen sie kraß mit diesem System. Das ist doch eine sehr merkwürdige Erscheinung, die einer Erklärung dringend bedarf. Befriedigen wird eine solche aber nur dann, wenn sie glaubhaft machen kann, daß den Reformen, welche nunmehr ins Werk gesetzt werden sollten, die Sponsio sich ihrem innersten Wesen nach nicht gewachsen zeigte, daß die Sponsio, wollte sie nicht aufhören Sponsio zu sein, ihnen ganz unzugänglich sein mußte. Unter diesem Gesichtspunkte können Momente wie die Teilhaftung der Sponsoren, die Beschränkung ihrer Haftung auf zwei Jahre ¹⁾ oder der Mangel der Erbenhaftung die ausschlaggebenden Faktoren nicht gewesen sein: warum hätte man sie nicht auf gesetzlichem oder ediktalem Wege beseitigen können: auf demselben Wege, auf dem sie zum Teil wenigstens gekommen waren?

Was man aber nicht beseitigen konnte, ohne der Sponsio ihre Eigenart zu rauben, waren ihr enger Zusammenhang und ihre Wesensgleichheit mit der Hauptobligation: beide mußten *verbis* begründet sein. Nicht umsonst stellt Gai. III 119 diesen Gesichtspunkt an die Spitze seiner Erörterung über die Verschiedenheit von Sponsio und Fidejussio und läßt die anderen Gründe dann erst, durch ein „*praeterea*“ angeknüpft, folgen ²⁾. Und es ist das auch völlig erklärlich. Nur ein „*idem spondeo?*“ konnte eine Sponsionsverbürgung herbeiführen. Wie war nun diese Formel möglich, wenn der Hauptschuldner gar

1) Hasenbalg a. a. O. S. 18 will allerdings gerade in dieser Beschränkung die Veranlassung zur Entstehung der Fidejussio erblicken: aber ohne hinreichenden Grund.

2) Ähnlich Bekker, *Proc. Cons.* S. 193, der aber im ganzen völlig abweicht (s. oben S. 117); auch Voigt a. a. O. IV S. 425. Mit vollem Rechte führen Stintzing, *Krit. Zeitschr.* Bd. 8 S. 339 und Gradewitz, *Ungültigkeit* S. 274f. auch die Verschiedenheit der beiden präskribierten Formeln (Gai. IV 137) gerade darauf zurück, daß die Fidejussio nicht auf Verbalobligationen beschränkt war.

nicht spondiert hatte? Schon auf ein vorangegangenes „promittis?“, „dabis?“, „facies?“ konnte sich ein „idem spondes?“ schwerlich beziehen ¹⁾: in Bezug auf einen vorher abgeschlossenen Kaufvertrag aber oder eine andere nicht verbis eingegangene Verpflichtung wäre es vollends sinnlos gewesen. Das wird durch die Geschichte der Korrealverpflichtung durchaus bestätigt. Zunächst dauerte es recht geraume Zeit, bis sich die Korrealität bei anderen als Verbalverträgen überhaupt durchsetzte ²⁾: aber selbst als die Eingehung einer korrealen Verbindlichkeit hier möglich wurde, konnte sie nur in der Form des betreffenden Kontraktes selbst erfolgen. Nirgends ist uns berichtet, daß eine Sponsio einer Nichtsponsio hinzutreten konnte. Das verbot sich übrigens auch positiv dadurch, daß das Erfordernis der unitas actus die ganze klassische Zeit hindurch ja uneingeschränkt bestehen blieb. Sollte also die Korrealität erst nachträglich an die Stelle der Einzelhaftung treten, so war die Wiederholung oder Novierung der Obligation des ersten Schuldners ohnehin erforderlich: daß dann aber beide in übereinstimmenden Formen sich verpflichteten, also entweder beide durch Konsensualvertrag oder beide durch Verbalvertrag, daß demnach, wenn der zweite spondierte, der erste nicht etwa promittierte oder mutuo consensu sich verband, ist einfach selbstverständlich. — Somit ergab sich die Art und Weise, wie man die Korrealisierung von Nicht-

1) Auch Bekker, *Proz. Cons.* S. 188 f., Karlowa a. a. O. II S. 730, Affolter a. a. O. I S. 196 meinen, daß die Sponsio mindestens ursprünglich nur einer gleichfalls durch Sponsio begründeten Hauptschuld akzedieren konnte.

2) Das ist im Hinblick auf die Terminologie der Quellen sowie auf Stellen wie Paul. D. 45, 2, 14, Ulp. D. 19, 2, 13, 9, Ulp. D. 13, 5, 16 pr. und die freilich nicht ganz einwandfreie (vgl. Mitteis, *Individualisierung* S. 59 Anm. 63, Pernice, *Zeitschr. d. Sav.-St.* Bd. 9 S. 217 Anm. 2) Papin. D. 45, 2, 9 pr. völlig sicher und heute auch allgemeine Meinung: s. namentlich Mitteis a. a. O. S. 58 ff., Dernburg a. a. O. II S. 192 Anm. 5, Eisele, *Arch. f. d. ziv. Pr.* Bd. 77 S. 410. Auf die Verwertung der zweifellos interpolierten (s. Eisele a. a. O. S. 457 Anm. 75, Binder a. a. O. S. 285 Anm. 19, Bortolucci, *Bullettino dell' Istituto di diritt. Rom.* Bd. 17 p. 314 segg.) Marcell. D. 19, 2, 47 zu diesem Zwecke wird man einstweilen besser verzichten, ohne damit den gekünstelten Ausführungen Karlowas a. a. O. II S. 728 f. über diese Stelle Beifall zu zollen.

verbalobligationen ins Werk setzte, hier fast von selbst: es lag ja so nahe, dafs, wenn A sich consensu als Hauptschuldner verpflichtete, auch B consensu de eadem re zum Hauptschuldner werden konnte, da sein Tun mit dem des A doch ganz identisch war: kam nun die unitas actus hinzu, so war die Brücke zwischen den beiden Konsensualverträgen geschlagen, und die Korrealität kam zustande. Solche echt römischen Gedanken mochten im Verein mit dem steigenden Bedürfnis die alte Tradition von der Notwendigkeit gerade eines Verbalvertrages bald verdrängen: und die fühlbar gewordene Lücke war vortrefflich ausgefüllt.

Dieser Ausweg fand sich aber erklärlicherwise bei der Sponsionsbürgschaft nicht. Denn wenn hier der Hauptschuldner consensu seine Verpflichtung begründete, dann konnte es der Bürge noch keinesfalls: er erstrebte ja nicht Gleiches (wie vorhin der Correns), er wollte ja unter anderen Regeln stehen als der Hauptschuldner, er wollte gar nicht die Pflichten aus dem konsensualen (Kauf-, Miet-) Verträge auf sich nehmen, sondern lediglich Bürge sein. Die Anwendbarkeit des Bürgschaftsrechtes ermöglichte er sich aber nur durch das ausdrückliche formelle „spondeo“ oder „fidepromitto“: mit diesem Versprechen war die Bürgschaft nun einmal verwachsen, und ihre Regeln waren auf dieses allein zugeschnitten. Nichtsdestoweniger machte sich das Bedürfnis nach der Möglichkeit einer Bürgenbestellung bei Nichtverbalverträgen auch hier um so dringender geltend, je wichtiger und häufiger diese Verträge wurden. Ja, ein solches Verlangen mußte hier noch unabweislicher werden als im Falle der Korrealität¹⁾. Wenn im letzteren Falle die Konsensualschuld zwecks Verpflichtung des zweiten Reus auf den Generalnenner der Verbalobligation gebracht werden mußte, so handelte es sich doch immerhin um eine Modifizierung der Obligation, die sie in ihrem innersten Kern ergriff: an die Stelle eines Verpflichteten sollten nun deren zwei oder noch mehrere treten. Die gröfsere Umständlichkeit, die in solcher Novierung lag, wurde durch den bedeutenden Zweck, den sie verfolgte, aus-

1) wie es denn auch tatsächlich auf dem Gebiete der Korrealverpflichtung weit später erst zu einem Erfolge geführt hat: s. vor. Anm.

geglichen und gerechtfertigt. Viel übler mußte sie sich dagegen dort bemerklich machen, wo nur ein Nebenzweck erreicht, ein *accessorium* ¹⁾ der in ihrem Skelett bestehen bleibenden Obligation hinzugefügt werden sollte. Hier machte die Notwendigkeit einer nachträglichen Sponsio die rechtliche Lage zu einer ganz unleidlichen.

In gleicher Richtung unterstützend wirkte noch ein anderer Umstand mit. Selbst wenn nämlich der Hauptschuldner bereits durch Sponsio gebunden war und so eine Wiederholung derselben aus diesem Grunde sich erübrigt hätte, so mußte er doch, wie oben ²⁾ gezeigt, noch einmal zusammen mit dem Sponsor spondieren, um die *unitas actus* zu wahren. Und wenn das auch nicht die Rechtslage zu ändern vermochte, so war es doch eine große Unzuträglichkeit, die auch wieder bei der Sponsionsverbürgung merklicher hervortreten mußte als bei der Korrealverpflichtung. Das kann man hier geradezu schlagend durch den Hinweis auf die Tatsache bekräftigen, daß die *unitas actus* der Korrealität bis zum Ende der klassischen Periode sich behauptet und nach den Quellen sogar Justinian erst von dieser Grundlage abweicht. — Auf dem Gebiete des Bürgschaftsrechtes dagegen trat man, nun eine Reform sich doch als unabweislich erwies, auch der Beseitigung dieser Unbequemlichkeit näher, und um so klarer mußte sich die Erkenntnis erschließen, daß die Sponsio diesen Neuerungen durchaus unzugänglich war. Denn es wäre zu jener Zeit, in der, wie wir annehmen müssen ³⁾, die Fidejussio entstand, ein ganz unvollziehbarer Gedanke gewesen, an dem Erfordernis der *unitas actus* zu rühren. Trotz aller Verschiedenheiten, welche die Sponsio wirkte, je nachdem sie eine Hauptschuld oder eine Bürgschaft begründete: sie blieb ihrem Wesen nach doch dasselbe Institut und beruhte einheitlich auf dem „*idem dari spondes?*“, welches nur unter dem Gesichtspunkt der *unitas actus* verständlich ist. Erst als sich die Vorzüge einer nachträglichen Verbürgung bei der Fidejussio

1) als welches die Bürgschaft seit den *leges Furia* und *Pubilia* sicherlich nur noch betrachtet wurde.

2) S. 37 f.

3) S. oben S. 121 ff.

unzweifelhaft festgestellt hatten, konnte man es wagen, der Zweckmäßigkeit die Konsequenz zum Opfer zu bringen und eine analoge Anwendung bei der Sponsio zu empfehlen: daß es aber zur Anerkennung dieser Neuerung doch noch ganz geraumer Zeit bedurfte, beweist besser als sonst etwas, daß in dieser Frage die Fidejussio Lehrmeisterin der Sponsio gewesen ist und nicht umgekehrt ¹⁾).

Es blieb also nichts übrig: man mußte nach einer neuen Form suchen; sie fand sich in der Fidejussio. Warum gerade in ihr? Diese Frage ist ebenso naheliegend wie oft behandelt ²⁾ und doch noch gar nicht befriedigend beantwortet worden. Angesichts des heutigen Quellenzustandes ist ihre Lösung uns aber transzendent, und so wäre es unangebracht, wollten wir die für und wider gebrauchten Argumente wiederholen oder gar noch vermehren. Es sei uns daher gestattet, lediglich das in Kürze vorzutragen, was augenblicklich als erwiesen angesehen und auf Grund dessen behauptet werden darf.

Zwei Tatsachen müssen unbedingt festgehalten werden: a) Ein Jussum ³⁾ als Grundlage für eine zivilrechtliche Obligation und folgeweise als Voraussetzung einer zivilen actio hat es nicht gegeben: der von Pernice ⁴⁾ angetretene Gegenbeweis ist mit Recht von keiner Seite als überzeugend erachtet worden. Demgemäß

1) Vgl. oben S. 88, 121 f.

2) Vgl. namentlich einerseits Pernice, *Labeo* I S. 505 f., 510 ff., *Appleton*, *Revue l. c.* p. 570 sqq., *Sokolowski*, *Mandatsbürgschaft* S. 104 Anm. 3, auch S. 21 ff.; andererseits *Mandry*, *Das gemeine Familiengüterrecht* II S. 565 ff., *Geib a. a. O.* S. 39 ff.

3) In der deutschen Literatur wird allgemein von einem „Jussus“ gesprochen, obwohl *Gide*, *Études sur la novation* p. 388 n. 2 bereits 1879 darauf hingewiesen hat, daß es, was auch die Wörterbücher lehren, davon nur den Ablativ „iussu“ gibt und im übrigen „iussum“ gebraucht wird: vgl. z. B. *Gai.* III 167 (bis). In Frankreich hat *Gides* Bemerkung mehr Beachtung gefunden, wie *Girard l. c.* p. 660 und *Cuq l. c.* II p. 339 (im Gegensatz zum ersten Bande der ersten Auflage p. 209, 353, 672) dartun. — Singulär ist der Dativ „iussui“ in *Ulp. D.* 39, 1, 1, 10.

4) *Labeo a. a. O.*; *Pernice* scheint übrigens später selbst nicht mehr davon überzeugt gewesen zu sein, da seine Verteidigung in *Zeitschr. d. Sav.-St. Bd.* 19 S. 182 Anm. 3 sehr matt klingt: s. auch *Labeo III* S. 281 Anm. 4.

Levy, Sponsio.

ist der Anknüpfung an das Jussum die natürlichste Unterlage allerdings entzogen¹⁾. Trotzdem kann es b) keinem begründeten Zweifel unterworfen werden, daß die Fidejussio mit dem Jussum in Zusammenhang steht und ihre Spuren sich nur in dieser Richtung zurückverfolgen lassen. Dafür spricht die nun einmal einzig unangreifbare Tatsache: der Name des Institutes selbst. Wie soll man denn auf eine „fideiussio“ verfallen sein, wenn man nicht eine irgendwie geartete „iussio“²⁾ damit bezeichnen wollte? Aber auch eine sachliche Erklärung dieses Zusammenhanges erscheint nicht schwierig. Das Jussum war, wenigstens soweit es als Ausfluß der dominica bzw. patria potestas auftritt, ganz abgesehen von den ihm hier in Form, Voraussetzung und Wirkung zukommenden Eigentümlichkeiten jedenfalls eine Erklärung, durch welche der Jubent für die Schuld eines anderen dem Gläubiger dieser Schuld gegenüber als ein wenn nicht technisch akzessorischer, so doch adjektizischer³⁾, also immerhin

1) Es ist daher auch nicht zu billigen, wenn Girard l. c. p. 745 die fideiussio „une sorte de jussum“ nennt.

2) ein Wort, das zwar auch bei Ulpian und Paulus noch nicht begegnet und bei Justinian besonders beliebt ist (vgl. die bei Longo, Bull. dell' Ist. di diritto Romano vol. 10 p. 280 und bei Marchi ebenda vol. 18 p. 58 zitierten Konstitutionen und interpolierte Digestenstellen wie Lab.-Ulp. D. 11, 7, 8 pr., Ulp. D. 4, 2, 23, 3, Ulp. D. 5, 1, 2, 2: Kalb, Juristenlatein⁹ S. 68 f., Lenel, Paling. zu den Stellen, Heumann-Seckel, Handlexikon⁹ s. v. „iubere“), das aber schon in spätklassischer Zeit aufgekommen sein muß und daher in D. 40, 4, 44 i. f. vielleicht bereits Modestin zugeschrieben werden darf (vgl. Kalb, Juristenlatein⁹ S. 69 f., Roms Juristen S. 143, Lenel, Pal. I S. 752; anders Pernice, Labeo III S. 24 Anm. 4, S. 175, Heumann-Seckel a. a. O. und s. v. „iudex“). Denn schon Modestins Zeitgenosse Cyprian († 258) verwendet „iussio“ wiederholt: vgl. opera omni. (ed. W. Hartel) III 178, 21; 190, 2; 191, 19; 196, 13 (s. auch W. Hartel, Archiv f. latein. Lexikographie Bd. 3 S. 24). Weiter erscheint es in einer Konstitution Diokletians aus dem Jahre 294 (Cod. Just. 6, 50, 16) sowie im Cod. Theod. 7, 7, 2 (= C. Just. 11, 61, 1, 1) in einer Konstitution von Valentinian I. und Valens aus dem Jahre 365. Auch im liber coloniarum (vgl. Schriften d. röm. Feldmesser, ed. Lachmann I S. 211 Zeile 8) findet es sich.

3) Eine Folge dieser ihrem Wesen nach aus der patria bzw. dominica potestas entspringenden eigenartigen Verpflichtungsweise ist, daß ihr der Interzessionscharakter nicht zugesprochen wurde: Modest. D. 16, 1, 25 pr., § 1.

sekundärer Schuldner verpflichtet wurde¹⁾. Und das war es ja gerade, was man suchte. Die Urform war entdeckt. Nun galt es, sie für das Zivilrecht nutzbar zu machen. Denn wie bisher die Verbürgung zivilrechtliche Wirkungen erzeugt hatte, so sollte sie es auch künftig: eine Erwägung, die um so plausibler ist, als, wie wir gleich sehen werden, diese ganze Reform gleichzeitig von der Tendenz der zu erhöhenden Sicherung des Gläubigers beherrscht wurde. Da bot sich denn, gleichsam als selbstverständlich, der Typus der *verborum obligatio*. In diese Form gebracht, wurde das *Jussum* leicht zu einem zivilen Institut, und so mag es denn kommen, daß, wie die Quellen zu zeigen scheinen, die Fidejussio, kaum entstanden, auch schon eingebürgert war. Die Hinzufügung der „fides“ läßt sich aus manchen Gründen erklären: jedenfalls ist sie das Sekundäre; sie mochte sich schon um der besseren Unterscheidung willen empfehlen²⁾, aber sie bildete auch eine Bekräftigung des *Iubere*, die der erhöhten Wirkung, welche von dem nun zivilrechtlichen Institute ausging, angemessen Schritt hielt. Schließlich klang auch das Jahrhunderte lang geübte „fidepromittere“ mit, und so trug man die nun einmal mit dem Bürgschaftsgeschäft verwachsene „fides“ auch in die neue Bürgschaft hinein.

1) Sicherlich wenigstens schon zu der Zeit, in der wir die Entstehung der Fidejussio vermuten. Allerdings findet sich die *actio quod iussu* zuerst von *Laeko* genannt (Ulp. D. 15, 4, 1, 9): vgl. Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht S. 200, v. Mandry a. a. O. II S. 217 ff., Girard l. c. p. 660 n. 1. Doch wird man die Einführung dieser *actio* mit Chambon und Mandry sicher noch in die Zeit der Republik verlegen dürfen, da sie gleichzeitig oder kaum viel später aufgekomen sein dürfte als die *actiones de peculio* und *de in rem verso*, mit denen zusammen sie in demselben Edikte verheißten wird (vgl. Lenel, Edikt 1. Aufl. S. 218 ff., 2. Aufl. I p. 318 suiv.), die *actio de peculio* aber „höchstwahrscheinlich“ bereits *Servius* (vgl. Ulp. D. 15, 1, 9, 3) und *Tubero* (vgl. Ulp. D. eod. 5, 4; Cels. D. eod. 6) bekannt ist und die *actio de in rem verso* wenn nicht von *Servius* (über dessen Beziehungen zu *Alfens Digesten* einerseits *Heimbach*, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 340, *Mommsen*, ebenda Bd. 9 S. 93, *Kalb*, Roms Juristen S. 42, andererseits *P. Krüger*, Gesch. d. Quellen S. 65, *Jörs*, Art. „*Alfenus*“ bei *Pauly-Wissowa* a. a. O. I Sp. 1474), so doch von *Alfenus* (D. 15, 3, 16) erwähnt wird.

2) Vgl. etwa das wohl als Schlagwort auftretende „*aliud est iubere, aliud fideiubere*“ *Ulpian* in D. 15, 4, 1, 5.

Welche Stellung die Fidejussio gegenüber dem Jussum nunmehr in Einzelheiten einnehmen mußte, versteht sich danach von selbst. Von einer Beschränkung auf Gewaltunterworfenen konnte keine Rede mehr sein und ebenso wenig von einer Widerruflichkeit, die dem einseitigen, formlosen¹⁾ Jussum notwendig anhaftete. Hingegen konnte nichts mehr begrüßt werden, als daß auch das Jussum seit alters „ad omnes contractus referri“²⁾. Denn wenn auch gerade die Möglichkeit des Hinzutritts zu Nichtverbalobligationen das treibende Moment der ganzen Entwicklung war und daher um jeden Preis bei der neuen Bürgschaftsform berücksichtigt werden mußte, so mag das doch gerade ein Anlaß mehr gewesen sein, auf das Jussum aufmerksam zu werden³⁾.

In dieser Weise glauben wir uns das Auftreten der Fidejussio und dessen innere Gründe vorstellen zu sollen⁴⁾. Sind diese demnach wirklich in den Bestrebungen zu erblicken, die auf Vermeidung der bei der Sponsio vielfach notwendigen Novationen oder Wiederholungen gerichtet waren, so muß die Fidejussio natürlich von diesen Mängeln vom Tage ihrer Entstehung an frei geblieben sein. Das ist auch bezüglich des wesentlicheren Punktes, daß sie Obligationen aller Art hinzutreten kann, wie angesichts Gai. III 119² ja kaum anders denkbar, nicht bestritten worden. Aber auch die Behauptung,

1) So mit Recht Sokolowski a. a. O. S. 29, 39f., 64, 77, andererseits scheint er S. 105 Anm. 3 a. E. doch an einen „formellen Charakter des jussus“ zu denken.

2) Ulp. D. 46, 1, 10, 2.

3) Nicht dagegen spricht, daß eine Fidejussio noch weiter greifend auch dann möglich ist, wenn „ex delicto oriatur actio“. Zudem machen es das „volgo dictum“: „maleficiorum fideiussorem accipi non posse“ sowie die Ausführungen des Gaius dazu in D. 46, 1, 70, 5 und das „magis putamus“ Ulpianus D. eod. 8, 5 sehr wahrscheinlich, daß diese Ausdehnung des Anwendungsgebietes erst das Produkt fortschreitender Entwicklung ist: so auch Cuq l. c. II p. 546.

4) Karlowa a. a. O. II S. 732 meint dagegen, daß die Fidepromissio „vielleicht mehr auf den Verkehr mit den den Römern nächststehenden italischen Bundesgenossen berechnet war als auf den Verkehr mit den Peregrinen überhaupt“. Für diese selbst habe sich daher eine neue Form, die Fidejussio, als nötig erwiesen. Allein dieser Gedanke findet in den Quellen auch nicht die mindeste Stütze.

dafs die Fidejussio zunächst gleichfalls die unitas actus voraussetzte und erst später nachträglich übernommen werden konnte, ist nur vereinzelt gewagt worden ¹⁾: Girtanner ²⁾ bemerkt kurz, dafs ursprünglich wohl Gleichzeitigkeit der Fidejubierung gefordert wurde, indem er auf Ulp. D. 46, 1, 6 pr., § 2 hinweist. Indessen können beide Stellen diese Vermutung aus ihrem Inhalt heraus kaum stützen, und blofs aus ihrem Dasein zu folgern, dafs anfangs das Gegenteil Rechtens war, ansonst ihr Inhalt nicht hätte betont zu werden brauchen, ist bei dem Mangel sonstiger Anhaltspunkte bedenklich, zumal sich, wenn durchaus eine besondere Erklärung gesucht werden soll, eine solche in einer von den Kompilatoren gestrichenen Gegenüberstellung der Fidejussio gegenüber der Sponsio finden läfst ³⁾.

Allein damit sind nur die Momente festgestellt, welche auf die Schaffung einer neuen Rechtsform hindrängten. Nun sind die übrigen Tendenzen zu würdigen, die der Fidejussio ihren charakteristischen Inhalt geben sollten: ihre Perpetuierung und Vererblichkeit sowie die Solidarhaftung der Fidejussoren ⁴⁾. Diese Tendenzen kennzeichnen sich als Reflexe einer Entwicklung, die der die Geschichte der Sponsio beherrschenden Ratio stracks zuwiderläuft ⁵⁾. Lag den Neuerungen auf dem Gebiete der Sponsio die Absicht zu Grunde, dem Sponsor, wenn sich der Gläubiger den ursprünglichen Anschauungen zuwider doch an ihn halten sollte, wenigstens durch gesetzliche Haftungsmilderungen seine Lage zu erleichtern und ihn so die selbstlos übernommene Verbindlichkeit nach Möglichkeit nicht entgelten zu lassen, so müssen sich die Konsequenzen dieser Richtung im Laufe der Zeiten

1) Wie wir Sohm a. a. O. S. 380 Anm. 3.

2) Bürgschaft S. 20, auch Hasenbalg a. a. O. S. 20 und Keil, Zur Lehre von dem beneficium cedendarum actionum (Hall. Diss. 1880) S. 9 Anm. 6.

3) Vgl. darüber oben S. 48.

4) Einen weiteren Unterschied von der Sponsio erkennt Cuq l. c. II p. 546 darin, dafs die Fidejussio „peut être conditionelle“. Begegnet denn aber in den Quellen auch nur eine Spur davon, dafs die Sponsio zu den actus legitimi gehörte? Bezüglich der Sponsio richtig Karlowa a. a. O. II S. 704.

5) Vgl. dazu Appleton, Revue l. c. p. 544sqq.

wohl doch allzu sehr zum Nachteil des Gläubigers fühlbar gemacht und die gegensätzliche Strömung zur maßgebenden Geltung gebracht haben.

Dafs der bisherige Zustand vielfach unzutraglich und den Personalkredit zu untergraben geeignet war, läfst sich ja auch leicht vorstellen. Denn der nicht befriedigte Gläubiger hatte unter dem Drucke der konsumierenden Wirkung der *litis contestatio* nur die Wahl, sich an den Schuldner oder an die Bürgen zu wenden. Sofort die wohlhabenderen, eine schnellere Durchsetzung seines Rechtes ermöglichenden Bürgen anzugehen, verwehrte ihm aber die Sitte. Er mußte sich, was oft nicht einfach sein mochte, vorerst von dem Vermögensstand seines Schuldners genaue Kenntnis verschaffen. Erst wenn er sicher war, von ihm nichts oder nur wenig erreichen zu können, durfte er unter Beobachtung schonendster Formen, um nur ja nicht den pflichtvergessenen Debitor bloßzustellen, gegen die Bürgen klagen. Aber auch hier traten ihm Schwierigkeiten noch in Fülle entgegen: zunächst mußte er sich vergewissern, wieviele Sponsoren beim Eintritt der Fälligkeit der Schuld noch am Leben waren ¹⁾, ja, ehe das Restitutionsedikt gegen den *capite deminutus* eingriff, hatte er sich wahrscheinlich auch von jeder zu dieser Zeit eingetretenen *capitis deminutio* unterrichtet zu halten ²⁾. Ver-

1) Auch der Tod des Hauptschuldners mußte unter Umständen, z. B. dann in Rechnung gezogen werden, wenn sein Erbe ein Sponsor war: vgl. *Jul.-Ulp. D. 46, 1, 5*; *Venul. D. 45, 2, 13* und (allerdings ausdrücklich nur für den *Fidejussor*) *Scaev. D. 46, 3, 93, 2*.

2) Denn da der „*capite deminutus . . . desinit iure civili debere nobis*“ (*Gai. IV 38*), so wurde er bei der Feststellung des für die Teilhaftung maßgebenden *Numerus* sicherlich nicht mitgerechnet. Bildete sich auf diese Weise die auch allein sinngemäße Auslegung aus, das „*quotquot erunt numero*“ der *lex Furia* (wofern *Gaius* ihren Wortlaut in dieser Beziehung richtig wiedergibt) in dem Sinne zu verstehen, daß nur diejenigen die *Divisoren* bildeten, a quibus pecunia peti poterat (sc. beim Eintritt der Fälligkeit), so hielt man daran zweifellos auch dann fest, als neben das *petere* kraft *Zivilrechtes* ein *petere* kraft *Amtsrechtes* getreten war, insbesondere also als der *Prätor* durch sein *Edikt* (*Ulp. D. 4, 5, 2, 1*) eine *Klage* gegen die *capite deminuti* verheißten hatte. Soweit sie durch dieses *Edikt* betroffen waren, zählten daher fortan die *sponsores capite deminuti* wohl ebenso mit wie jeder andere *Sponsor*, und so hatte der Gläubiger von

rechnete er sich dabei zu seinen Gunsten, so verfiel er den Folgen der Pluspetitio und hatte, falls er nicht etwa unter besonderen Umständen ¹⁾ eine in integrum restitutio zu erwirken vermochte, gänzlich das Nachsehen. Vermied er aber auch diese Klippe, dann war es ihm endlich vergönnt, so viele Klagen zu erheben, wie er Bürgen hatte: womit noch keineswegs gesagt war, daß er überall durchdrang oder, selbst wenn er eine sententia für sich erfocht, daß sie ihm etwas nützte. Denn ob nun einer oder mehrere oder gar alle Bürgen selbst zahlungsfähig waren oder nicht, das berücksichtigte die lex Furia überhaupt nicht: der Zahlungsunfähige rechnete nicht weniger als der Zahlungsfähige: *quot capita tot partes*.

Unter solchen Umständen war es tatsächlich dem Zufall anheimgestellt, ob der Gläubiger Befriedigung erhielt. Schon wenn alles ordnungsmäßig ablief, drohten ihm Gefahren auf allen Seiten. Schlichen sich gar Schikanen ein, so war er ihnen schwerlich gewachsen. Hier schien im Interesse der Aufrechterhaltung eines geordneten und regen Kreditverkehrs eine Wandlung dringend geboten. Im Brennpunkt der Unzufriedenheit stand naturgemäß die lex Furia. Sie beizubehalten mochte schon bei der Sponsio Bedenken erregen; geradezu als neu sie aber bei der Fidejussio einzuführen, das konnte wohl niemandem beifallen. Hier, wo ein noch ganz unbauter Boden zur Verfügung stand, hatte man die natürliche, durch keinerlei traditionelle Rücksichten beengte Freiheit der Gestaltung. Durch reine Passivität löste man die Frage: man trat einerseits dem Zivilrecht nicht zu nahe, indem man die lex Furia ungeschmälert bestehen liefs, andererseits aber dehnte

dieser Seite wenigstens nichts mehr zu besorgen. — Hingegen mochte es auf dem Gebiete der capitis deminutio media und maxima recht fraglich scheinen, ob die hier eingreifende actio utilis „in eos, ad quos bona pervenerunt eorum“ (Ulp. D. 4, 5, 2 pr.) als dem Prinzip der Unvererblichkeit der Sponsio widersprechend die Bildung des Numerus der Sponsoren überhaupt beeinflussen konnte. — Blieb nun gar die Frage, ob denn eine capitis deminutio maxima eingetreten war, selbst in der Schwebe (wie im Falle des ius postliminii, wenn der Gefangene zur Zeit der Fälligkeit der Schuld noch lebt), so ergaben sich große Schwierigkeiten, welche die Theorie reichlich beschäftigt haben mögen.

1) etwa bei dolos falscher Benachrichtigung seitens eines Sponsors.

man ihre Anwendung nicht auf die Fidejussio aus. Dieses rein formelle Moment, das uns heute fast kleinlich und unverständlich scheinen könnte, ist bei der eigentümlichen Anschauung, die die Römer in derlei Dingen beherrschte, sicherlich nicht zu unterschätzen, und wenn man auch nicht mit Dernburg ¹⁾ schliessen darf, daß die fideiussores einfach deshalb „der lex Furia nicht unterstanden, offenbar weil die fideiussio erst nach der lex Furia aufkam und daher durch ihren Wortlaut nicht getroffen wurde“, so wird man doch behaupten können, daß vielleicht alle jene sachlichen Mifsstände nicht ausgereicht hätten, eine Reform auf diesem Gebiete zustande zu bringen, wenn nicht die formelle Rechtslage, die anderen Ursachen entsprungene Notwendigkeit der Schaffung eines neuen Institutes, die Gelegenheit dazu so einzig günstig gestaltet hätte. Nur so wird man zugleich der seltsamen Erscheinung gerecht werden, daß auf dem Gebiete der Sponsio alles beim alten blieb.

In diese Tendenz fügt sich auch die Vererblichkeit der Fidejussio ein. Indessen verlangt sie doch noch nach einer anderen Erklärung, oder vielmehr sie bedarf der vorstehenden nicht. Denn ebenso wie es einst das den obwaltenden Verhältnissen Entsprechende und daher Selbstverständliche war, daß die Sponsio nicht auf den Erben des Sponsors überging ²⁾, so war es nunmehr das Gegebene, den Erben des Fidejussors haften zu lassen. Man setzte sich hier gar nicht erst über das *ius civile non legitimum*, das die Unvererblichkeit der Sponsio statuierte, hinweg, und man stellte auch gar keine weiteren Vergleiche an, sondern man betrachtete die Fidejussio ganz selbständig für sich und erkannte in ihr einen Vertrag, der wie alle anderen zivilen Verträge in einer zivilen Ersatz- oder Erfüllungsklage seinen praktischen Ausdruck fand ³⁾. Daß eine solche aber ganz ohne Rücksicht auf ihren Grund vererblich sei, dieses Prinzip mußte zu einer Zeit, zu der schon die meisten der zivilen Vertragsklagen des klassischen Rechtes den Prozeß ihrer Entwicklung

1) A. a. O. ¹ II S. 208.

2) Vgl. oben S. 53 ff.

3) Das und nichts anderes (s. oben S. 48) wollen die Worte „*cum rei locum optineat*“ in Ulp. D. 46, 1, 4, 1 besagen.

aus der Strafnatur vollzogen hatten und vererblich geworden waren, in ganz anderem Sinne zur Regel geworden und in das allgemeine Rechtsbewußtsein übergegangen sein als einst, da die Sponsionsbürgschaft sich entwickelte. Seiner Allgemeingültigkeit gegenüber konnte die Erwägung, daß es sich um eine ohne eigene Bereicherung eingegangene Verbindlichkeit handele, keine Ausnahme mehr begründen: das Vertragselement hatte die Übermacht über das Bürgschaftselement errungen, dem es einst, weil noch nicht hinreichend ausgebildet, hatte weichen müssen.

§ 8.

Zum *beneficium divisionis*.

Es mag nicht wundernehmen, daß diese allzu radikal durchgeführte Vernachlässigung der bisher geübten Satzungen einer weisen Rechtspolitik nicht entsprechen konnte und dies auch in gar nicht langer Zeit sich fühlbar machte. Der Gläubiger mochte sich jetzt durch die Stellung von Fidejussoren gesichert genug fühlen: um so weniger aber fanden sich solche, und so hatte man am Ziel wieder vorbeigeschossen. Es half nichts: man mußte die im Sponsorenrechte befolgte Entwicklung wieder aufnehmen und nachahmen, was die Republik bereits über drei Jahrhunderte vorher für gut befunden hatte.

Freilich, eine Lehre hatte man aus der Erfahrung der Zwischenzeit gezogen: die unbillige Teilhaftung der *lex Furia* erneuerte man nicht. Die Teilhaftung, die Hadrian den mehreren Fidejussoren gewährte, nahm vielmehr auf den Gläubiger in dem Punkte gebührende Rücksicht, der offenbar gerade die schlimmsten und berechtigtesten Ärgernisse hervorgerufen hatte: den *Divisor*, der aus der ganzen Obligation die Teilschulden machte, bildete nicht mehr die Zahl aller zur Zeit der Fälligkeit lebenden Bürgen, sondern nur noch die Summe derer, welche zur Zeit der *litis contestatio* zahlungsfähig waren. Diese doppelte Modifizierung, die man sicherlich im vollen Bewußtsein ihrer Tragweite vollzog ¹⁾, schaltete denn auch im großen ganzen wenigstens den Zufall aus

1) Gaius III 121, ein Zeitgenosse der *epistula*, weist von vornherein auf diesen Unterschied zwischen ihr und der *lex Furia* hin.

dem Bürgschaftsrechte aus. Immerhin bedeutete die *epistula Hadriani* wieder eine sehr erhebliche Herabsetzung der Position des Gläubigers, und die Tatsache, daß dieser Rückschritt sich so bald als notwendig erwies, stellt dem Altruismus der Zeit nicht gerade das glänzendste Zeugnis aus ¹⁾. Indessen läßt sich das begreifen und entschuldigen, wenn man bedenkt, wie bei der geringeren Bewertung des Pfandrechtes ²⁾ das ganze römische Kreditwesen auf der Bürgschaftsinstitution beruhte und Nachfrage nach Bürgen in ungleich höherem Maße vorhanden war als etwa heute. Wie dadurch einerseits die Bürgen in der Lage waren, den bestimmenden Einfluß auf die Gestaltung ihrer rechtlichen Stellung zu üben, so mußte es andererseits auch nur billig erscheinen, die so stark in Anspruch genommenen vornehmen Herren, als deren Ehrenpflicht die Übernahme von Bürgschaften galt ³⁾, nicht allzusehr zu überlasten. Auch mochte unter Umständen dem Gläubiger gegen den Bürgen eine besondere *actio mandati* zustehen, bei welcher das *beneficium* nicht Platz greifen konnte ⁴⁾.

1) Vgl. auch Polyb. hist. 31, 26, 9 (ed. Büttner-Wobst): „ἀπλῶς γὰρ οὐδεὶς οὐδὲν δίδωσι τῶν ἰδίων υπαρχόντων ἑαὸν οὐδέν“; dazu Jhering, Zweck im Recht I S. 279 ff.

2) Aus welchem Grunde man das Pfandrecht zu Gunsten der Bürgschaft z. B. bei den prätorischen Stipulationen zurücksetzte (vgl. Ulp. D. 46, 5, 7), hat Jhering, Geist ⁴ III S. xviff. dargetan. S. über das Verhältnis zwischen beiden Sicherungsmitteln auch Dernburg, Pfandrecht I S. 3 ff., Pandekten ¹ I S. 641, Karlowa a. a. O. II S. 610, Pernice a. a. O. Bd. 19 S. 126 f., Cuq l. c. II p. 544 und neuestens Bortolucci, Bullettino dell' Istituto di dir. Rom. Bd. 17 (1906) p. 269 n. 1. Auch Manigk, Pfandrechtl. Forschungen I (1904) S. 2 spricht den Römern eine „Vorliebe für die personale Sicherheit“ zu.

3) Vgl. Cic. pro Mur. 34, 71, Hor. sat. 2, 6, 23 f., Lenel, Sabinus-system S. 16, Dernburg, Pandekten ¹ II S. 207. — Schwerlich beruhte der Fortbestand dieser Sitte in der Kaiserzeit lediglich auf „romantischem Konservatismus“, wie es Erman, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 26 S. 459 Anm. 1 neuestens darstellt. Als bloßes „kindisch fortschrittsfeindliches Spielen mit überlebten Formen und Übungen“ wäre sie wohl doch etwas zu gefährlich gewesen.

4) Paul. D. 17, 1, 22, 2; vgl. Sokolowski a. a. O. S. 115 Anm. 2 a. E., Geib a. a. O. S. 17, Cuq l. c. II p. 548. Hingegen war die Indemnitätsstipulation kein Mittel mehr, um dem benef. divis. zu entgehen: s. u. S. 148 ff.

Zudem scheint es uns, als ob das *beneficium epistulae Hadriani* doch nicht in dem großen Umfange in Geltung stand, in dem es heute fast einstimmig proklamiert wird. Es kam vielmehr höchstwahrscheinlich nur den Fidejussoren zugute, die sich gemeinsam verbürgt hatten. Diese Ansicht ist nicht neu: sie ist in der Theorie ¹⁾ sowohl wie in der Praxis ²⁾ bereits vertreten worden: aber nur vereinzelt, weil mit unzureichenden Gründen. Um so eindringlicher suchte man ihr den *Garaus* zu machen. Nachdem Liebe ³⁾ bereits einen Vorstoß in dieser Richtung unternommen hatte, widmete Girtanner ⁴⁾ dieser Frage einen eigenen, eingehenden Aufsatz und errang damit einen unbestrittenen Sieg, der in allen Pandektenlehrbüchern ⁵⁾ zum Ausdruck kommt; aber auch Goldschmidt ⁶⁾ hat sich mit selbständigen Argumenten auf den gleichen Boden gestellt ⁷⁾. Hier-
nach scheint es einigermaßen gewagt, für die fast verlorene

1) Zuerst scheint von den Neueren Kritz, Pandekten I S. 178 ff., 182 für sie eingetreten zu sein; ebenso Seuffert, Pandekten II S. 340 Anm. 17, derselbe in seinem Archiv Bd. 6 S. 58 Anm. 2. Über die ältere Literatur s. Girtanner, Arch. f. d. zivil. Pr. Bd. 48 S. 297 ff.

2) Oberhofgericht Mannheim (Seufferts Archiv Bd. 3 S. 284) und Oberappellationsgerichte Wiesbaden (ebenda Bd. 13 S. 38) und Darmstadt (ebenda Bd. 14 S. 389).

3) A. a. O. S. 226 ff.: seine Argumentation fällt in der Hauptsache bereits damit, daß das *beneficium divisionis* der Tutoren sicherlich auf die Rechnung Tribonianus kommt: s. u. S. 175 Anm. 3.

4) A. a. O. Bd. 43 S. 275—299; vorher schon Bürgschaft S. 466.

5) Windscheid-Kipp⁹ II S. 1099 Anm. 2, Dernburg¹ II S. 221 Anm. 5, Brinz II S. 190 Anm. 5, Arndts S. 691 Anm. 6; ebenso Entscheidungen in Seufferts Archiv Bd. 6 S. 57, Bd. 11 S. 53, Bd. 25 S. 35, Hasenbalg a. a. O. S. 477 ff., Knoll a. a. O. S. 16 ff., wo S. 16 Anm. 4 weitere Literatur.

6) Jherings Jahrbücher Bd. 26 S. 350 ff., 370.

7) Auch Sokolowski, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 11 S. 281 kennt das Erfordernis der Gleichzeitigkeit nicht. Hingegen verlangt er Anwesenheit sämtlicher Confidejussoren, zwischen denen Teilung eintreten soll, bei der *litis contestatio*. Die einzige Stelle Ulp. D. 46, 1, 10 pr., die seine Ansicht vielleicht stützen könnte, ist jedoch in dieser Beziehung interpoliert: vgl. Eisele, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 13 S. 131 f. Wie Sokolowski auch Sohm a. a. O. S. 381, Knoll a. a. O. S. 25 ff., Cuq l. c. II p. 551 n. 5.

Sache nochmals einzutreten. Indessen glauben wir uns nach den obigen Ausführungen ¹⁾ bereits gerüstet.

Bei den meisten Anhängern der Girtannerschen Lehre schimmert es durch, bei einzelnen — und nicht den geringsten ²⁾ — wird es deutlich hervorgehoben, daß für diese ihre Stellungnahme vor allem das Papinianfragment D. 46, 1, 48, 1 maßgebend gewesen sei. Diese Beobachtung läßt von vornherein den Schluß zu, daß der Stand der Meinungen sich als ein ganz anderer dargestellt hätte, wenn diese D. 46, 1, 48, 1 aus der Diskussion ausgeschieden wäre. Das aber hat sich nunmehr, seitdem ihre Zugehörigkeit zur Lehre von der Sponsio erkannt worden ist, als notwendig erwiesen ³⁾: und so ist die Gegenansicht ihrer stärksten Stütze beraubt.

Ohne sie haben die übrigen ins Feld geführten Stellen wenig Beweiskraft. Die meisten von ihnen sind einfach deshalb abzuweisen, weil sie gar nichts auszusagen vermögen. Völlig unverwendbar sind zunächst, wie das Liebe ⁴⁾ und Girtanner ⁵⁾, Hasenbalg ⁶⁾ und Knoll ⁷⁾ anerkennen, Fragmente wie die von Kritz ⁸⁾ benutzten Papin. D. 46, 1, 51 pr. und Jul. D. eod. 15, 1 ⁹⁾, welche gänzlich andere Dinge behandeln und auch nicht die geringste Möglichkeit der Beziehung auf unsere Frage zulassen. Ebenso wenig darf man aus Gai. D. 46, 1, 26, Ulp. D. eod. 27, Papin. D. eod. 52, 1 etwas folgern, da diese Stellen uns mitten in Erörterungen leiten, welche die Zulässigkeit des beneficium divisionis bereits voraussetzen und von ihr ausgehend weiter sich etwa ergebende Komplikationen zum Gegenstande haben. Eher

1) S. 108 ff.

2) Girtanner a. a. O., Windscheid-Kipp a. a. O., Brinz a. a. O.

3) S. oben S. 97 ff.

4) A. a. O. S. 228 Anm. 4.

5) A. a. O. Bd. 48 S. 277, 281 ff.

6) A. a. O. S. 483 f.

7) A. a. O. S. 18 f.

8) A. a. O. I S. 179 f.

9) Das „priore“ der letzteren Stelle beweist jedenfalls gegen die Gleichzeitigkeit der Verbürgung gar nichts. Vgl. im übrigen zu dem vielumstrittenen Fragment im ganzen richtig Dernburg a. a. O. II S. 231 Anm. 7, woselbst Literatur.

schon könnte man sich auf Gai. III 121 nebst der entsprechenden Institutionenstelle (J. 3, 20, 4) sowie auf Papin. D. 46, 1, 51, 2 und C. 8, 40, 3, 1 und 2 von Septimius Severus und Caracalla (a. 208) berufen, weil hier das Erfordernis der Gleichzeitigkeit der Verbürgung hätte betont sein sollen, wenn ein solches überhaupt bestanden hätte. Allein schlüssig wäre ein solcher Beweis *e silentio* nur dann, wenn uns in einer dieser Stellen der Wortlaut der *epistula* oder auch nur ein genauer Auszug mitgeteilt worden wäre. Davon kann gar keine Rede sein: *ex professo* berichtet von der Neuerung Hadrians nur Gaius, den dann die Institutionenverfasser ausgeschrieben haben. Gaius aber interessiert der Inhalt der *epistula* nur insoweit, als er dem der *lex Furia* gegenüberzustellen ist. So betont er zuerst die prinzipielle Teilhaftung der Sponsoren und geht sodann mit den deutlichen Worten „*eo igitur distat haec epistula a lege Furia*“ darauf über, die große Bedeutung hervorzuheben, die das Moment der Zahlungsfähigkeit im Fidejussorenrechte hat. Wollen wir also streng *gaianisch* aus dem Zusammenhang die Stelle verstehen, so müssen wir vielmehr umgekehrt schließen, daß in allen übrigen Punkten die Teilhaftung der *epistula* mit der der *lex* übereinstimme, also auch im Punkte der gemeinsamen Verbürgung: denn daß Gaius wenigstens nur gemeinsamen Sponsoren das *beneficium legis Furiae* gewährt habe, ist sicher, da es für ihn ja überhaupt nur gemeinsame Sponsoren gab ¹⁾. Ihnen kann er also auch nur gemeinsame Fidejussoren gegenübergestellt haben, wenn er nichts Besonderes erwähnt: folglich konnte er die Gemeinsamkeit auch bei der Frage der *epistula* einfach voraussetzen, ohne ein Mißverständnis fürchten zu müssen. Allein, wie gesagt, wir haben es hier nicht mit einem Gesetzestexte, sondern mit einem kurzgefaßten Elementarlehrbuch zu tun: und ein solches trägt eine derartig peinliche Auslegung nicht; wie wir aber auf eine Ausnutzung der *gaianischen* Worte verzichten, so muß sich nach dem Gesagten für die Gegenansicht erst recht eine Verwendung verbieten.

Noch weniger Aussicht für eine Entscheidung der Frage

1) S. oben S. 37 f., 85.

bietet das Reskript von Septimius und Caracalla oder das Responsum Papinians. Beide würden nur dann einen Blick auf das ganze zu Grunde liegende Streitverhältnis gestatten, wenn wir die Eingaben besäßen, auf welche die Fragmente eine Antwort geben. So aber ist aus dem „cum tu duos fideiussores accepisse te proponas“ der Kaiser und aus dem „sed inter eos dumtaxat, qui pro singulis intervenerunt“ des Juristen weder ein Für noch ein Wider deutlich zu entnehmen, da die eigentliche Streitfrage in beiden Stellen eine ganz andere ist. Für die Codexfragmente steht das so völlig außer Zweifel, daß Seuffert ¹⁾ sogar unter dem Beifall des gegnerischen Hasenbalg ²⁾ aus dem „licet significes adiectum in obligatione, ut singuli in solidum tenerentur“ die gleichzeitige Verbürgung hat ableiten wollen und auch Girtanner ³⁾ dem nicht abgeneigt ist. Aber auch der von Hasenbalg ⁴⁾ für „ungemein überzeugend“ gehaltene fragliche Passus Papinians findet seine unmittelbare Beziehung in dem Gegensatz zu dem vorausgehenden „omnes fideiussores“ und besagt damit nur, daß nicht alle, sondern lediglich die Fidejussoren das Beneficium gegenseitig haben sollen, die für denselben der „duo rei promittendi“ interzediert sind ⁵⁾. Ob diese letzteren unter einander sich aber gemeinsam verbürgt hatten oder nicht, ob sie sämtlich zahlungsfähig waren oder nicht: ob sie also in concreto wirklich des Beneficiums teilhaftig wurden, das war eine Frage, die Papinian dahingestellt lassen konnte und mußte, wollte er nicht getrennte Gesichtspunkte unschicklich mit einander verquicken und beantworten, wonach er gar nicht gefragt war. In ganz anderer Richtung ist die Stelle höchst aufschlußreich, und wir werden ihrer bald wieder zu gedenken haben ⁶⁾.

Vorerst muß aber noch auf eine Stelle kurz eingegangen werden, die letzte, welche die herrschende Meinung noch für sich in Anspruch nimmt: auf D. 46, 1, 27, 4 von Ulpian:

1) A. a. O. Bd. 6 S. 58 Anm. 2.

2) A. a. O. S. 484f.

3) A. a. O. S. 277f.

4) A. a. O. S. 483.

5) Vgl. Knoll a. a. O. S. 14.

6) S. u. S. 156.

„Si fideiussor fuerit principalis et fideiussor fideiussoris, non poterit desiderare fideiussor, ut inter se et eum fideiussorem, pro quo fideiussit, dividatur obligatio: ille enim loco rei est nec potest reus desiderare, ut inter se et fideiussorem dividatur obligatio. Proinde si ex duobus fideiussoribus alter fideiussorem dederit, adversus eum quidem non dividitur obligatio, pro quo intervenit: adversus confideiussorem magis est, ut dividatur“.

Sie ist durch Goldschmidt ¹⁾ in unser Problem hereinbezogen worden. Aber mit Unrecht. Denn auf ganz anderem Gebiete liegt der Grund der Entscheidung. Zunächst zwar hat Goldschmidt das Fragment richtig interpretiert und Mommsens Konjekturen ²⁾ ausgemerzt. Aber daraus, daß der Nachbürge des einen Vorbürgen mit dem anderen Vorbürgen sich in die Schuld teilen darf, schließt er, daß demnach Gleichzeitigkeit der Verbürgung nicht gefordert werde. Obwohl der Nachbürge für die Schuld seines Vorbürgen hafte, der andere Vorbürge aber für die des Hauptschuldners, so seien das doch in Wahrheit zwei Bürgschaften für dieselbe Schuld, und daraus ergebe sich die von Ulpian befürwortete Zulassung des beneficium divisionis, die somit von der Nachträglichkeit der Verpflichtung des Nachbürgen gar nicht berührt werde. Allein darauf kommt es nicht an: der Fall bringt vielmehr nur den Grundsatz allen römischen Bürgschaftsrechtes ³⁾ zur Geltung, daß ein Bürge sich nicht auf mehr verpflichten kann, als sein Hauptschuldner verpflichtet ist („nec plus in accessione esse potest quam in principali reo“). Ist daher die Schuld des Vorbürgen durch das beneficium divisionis eingeschränkt, so ist es folgerichtiger („magis est“), daß sich das beneficium auch auf den Nachbürgen überträgt. Es kommt also, soweit das Verhältnis zu dem anderen Prinzipalbürgen in Frage steht, für das Erfordernis der Gemeinsamkeit

1) A. a. O. S. 347 ff., bes. S. 350 f.

2) Eisele, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 13 S. 143 f. erachtet sie freilich für einigermaßen begründet, doch hält er die Stelle überhaupt für vielfach interpoliert. Seine Bedenken sind nicht ganz von der Hand zu weisen, doch erfährt der Text sachlich auch durch seine Bemerkungen keine Änderung.

3) Gai. III 126.

nie auf die Verpflichtung des Nachbürgen, sondern auf die des Vorbürgen an, dessen Verbindlichkeit für die des Nachbürgen in jeder Beziehung genau so maßgebend ist wie die des Hauptschuldners für die Schuld des Vorbürgen. Man wird nicht bestreiten können, daß diese Begründung sich viel mehr in römischen Ideenkreisen bewegt als die Goldschmidts. Aber sie liegt auch Ulpians offenkundigem Gedankengang an dieser Stelle zu Grunde. Nicht nur, daß dem Nachbürgen, der den eigenen Vorbürgen als Mitbürgen behandelt wissen will, insofern das beneficium aus dem entsprechenden Grunde versagt wird: „ille (der eigene Vorbürge) enim loco rei est nec potest reus¹⁾ desiderare, ut inter se et fideiussorem dividatur obligatio“ und dadurch die Konstruktion für den am Schluß erläuterten Fall geradezu vorgeschrieben wird: auch die vorangehenden §§ 1—3 weisen darauf hin, daß es Ulpian und dem von ihm benutzten Pomponius hier darauf ankam, die Lage des „Subfidejussors“ zu regeln: ein Moment, das Goldschmidt ganz aus dem Auge verliert. Dabei werden nun alle hierher gehörigen Fragen ganz in der Richtung gelöst, daß Dritten gegenüber der Nachbürge als von seinem Vorbürgen gar nicht unterscheidbar auftritt, sowohl was die Leistungsfähigkeit angeht (§ 2) wie was die Ge-

1) „Reus“ nimmt offensichtlich das „rei“ wieder auf, das dem Sinne nach und dem allgemeinen Sprachgebrauch gemäß auf den Hauptschuldner hinweist: also kann auch „reus“ nur den Hauptschuldner und nicht, wie Goldschmidt (a. a. O. S. 349 Ziff. 2) will, den Vorbürgen bezeichnen. Allerdings macht dann der Gedankengang der Stelle einen kleinen Sprung, wenn sie nun dem Hauptschuldner das beneficium divisionis zwischen sich und dem Bürgen abspricht, statt vielmehr dem Bürgen das beneficium zwischen sich und dem Hauptschuldner abzusprechen: ein Sprung, der anscheinend sowohl Mommsen zu seiner Konjektur wie Goldschmidt zu seiner abweichenden Auffassung geführt hat. Allein im Ergebnis kommen beide Wendungen doch auf dasselbe heraus, und die überlieferte gestattet eine falschere Ausdrucksweise. — Im ganzen könnte man freilich daraus, daß die Bezeichnung der auftretenden Personen bei der steten (achtmaligen) Wiederholung von „fideiussor“ einen sehr schwerfälligen Eindruck macht und sich trotzdem keineswegs durch besondere Klarheit empfiehlt, den Schluß ziehen, daß der Klassiker, wie so häufig, nicht ausschließlich in der dritten, sondern auch in der ersten und zweiten Person gesprochen haben mag.

währung des beneficium betrifft: das letztere ist in § 1 sogar so deutlich ausgesprochen, daß man sich über die Wiederholung in § 4 verwundern könnte, wenn nicht § 4 nur gegensätzlich diesen Fall noch einmal betonen würde, um das Hauptgewicht auf das Innenverhältnis zwischen Vor- und Nachbürgen zu legen. Zum Überflus ist noch höchst bezeichnenderweise im § 3 geradezu von wahrer Rechtsnachfolge die Rede, indem auch dem Erben des Fidejussors das Beneficium zuerkannt wird.

Diesem Quellenmaterial treten nun drei Stellen gegenüber, in denen die Gleichzeitigkeit der Verbürgung positiv hervorgehoben wird: sie gehören zwar sämtlich dem Codex und eine sogar erst Justinian an, sind darum aber nicht minder beweiskräftig, da es sich hier um eine Frage handelt, die noch von den Kompilatoren in gleicher Weise beantwortet worden zu sein scheint wie von den Klassikern.

Kein großes Gewicht soll auf C. 8, 40, 10, 1 des Alexander Severus gelegt werden:

„Ut autem is, qui cum altero fideiussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ¹⁾ ex ordine postulari solet“.

Das „cum altero“ deutet zwar auf gemeinsame Verbürgung hin. Das gibt auch Girtanner ²⁾ zu, und seine einzige Bemängelung, daß man einem Reskript allgemeine Wahrheiten nicht glauben dürfe, ist doch gar zu schwach. Immerhin könnten die Worte gebraucht sein, lediglich um das Vorhandensein zweier Bürgen zu bezeichnen ³⁾: darum ist auf die Benutzung dieser Stelle besser zu verzichten.

Aus anderem Grunde wieder empfiehlt es sich, die C. 8, 40, 11 pr. Alex. Sever. (a. 229) außer Betracht zu lassen:

„Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum, qui una fideiussit, non competit“.

Freilich, an dem „una“ wird man nicht deuteln können: hätte nicht gerade die Gemeinsamkeit der Verpflichtung zum Ausdruck

1) Statt dessen hat Alexander „ante litis contestationem“ reskribiert: vgl. Dernburg a. a. O. II S. 222 Anm. 9.

2) A. a. O. S. 278.

3) So z. B. Hasenbalg a. a. O. S. 485.

kommen sollen, dann hätte statt des umständlichen „eum, qui una fideiussit“ ein einfaches „alterum“ genau dieselben und bessere Dienste getan. Insofern also ist die Stelle zweifellos sehr wesentlich, als wir in ihr zum ersten Male die Gleichzeitigkeit als bedeutungsvoll betont sehen, und wir werden sie für spätere ¹⁾ Erörterungen im Auge behalten müssen. Allein da sie von einem beneficium divisionis ausdrücklich gar nicht spricht, so ist sie hier beiseite zu lassen.

Um so wertvoller ist die letzte der Codexstellen, die von Justinian (a. 531) herrührende C. 4, 18, 3:

„Divi Hadriani epistulam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur, locum habere et in his, qui pecunias pro aliis simul constituunt, necessarium est: aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet“.

Das „simul“ erscheint völlig beweisend. Die constitutio sagt: Was den Mandatoren ²⁾ und Fidejussoren auf Grund der epistula Hadriani recht ist, das muß den Konstituenten billig sein: natürlich aber nur denen, „qui aliis simul constituunt“. Daß das „simul“ „eine gleichzeitige Verbürgung uno actu bezeichne“, will auch Girtanner ³⁾ nicht bestreiten. Warum sollte aber den Konstituenten das beneficium nur bei gleichzeitiger Verpflichtung gewährt werden, während es den Fidejussoren und Mandatoren auch sonst zustände? Dafür läßt sich schlechthin keine Ratio entdecken. Girtanner sucht das „simul“ dadurch unschädlich zu machen, daß er auf die mit der „aequitatis ratio“ operierende Begründung zu sprechen kommt und in ihr, wie das ja auch fraglos ist, einen Anklang an das in D. 27, 7, 7 überlieferte Responsum Papinians findet, das wir hier folgen lassen müssen:

„Si fideiussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adulescens ut ante conveniret petierant atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros quod ab eo servari non potuisset: placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fideiussorum

1) S. u. S. 175 ff.

2) Vgl. u. S. 152 f.

3) A. a. O. S. 280 f.; vgl. auch S. 295.

susceptum videretur: nam et si mandato plurium pecunia credatur, aequè dividitur actio: si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?“¹⁾

Da hier, folgert nun Girtanner weiter, die „aequitatis ratio“ Papinians darauf beruhe, daß schon die Haftung für fremde Schuld an sich die Teilung der Schuld nach sich ziehe, so könne auch Justinian etwas anderes nicht im Sinne haben. Das aber ist in jeder Beziehung verfehlt. Einmal könnte Justinian sehr wohl etwas anderes mit der Wendung meinen als Papinian, wenn sich aus dem Zusammenhang etwas anderes ergäbe. Außerdem aber hat auch Papinian selbst nimmermehr die unitas actus für überflüssig erklären wollen. Sein Gedankengang kann vielmehr nur der sein: Fidejussoren, welche rem pupilli salvam fore kaviert haben²⁾, promittieren dem nunmehr pubes gewordenen Mündel gegenüber Indemnität. Ein solcher Vertrag kann im Interesse beider Parteien liegen³⁾: des Mündels deshalb, weil die Indemnitätsstipulation ihm ermöglicht, zuerst den Tutor und

1) Gänzlich falsch ist es, wenn Huschke, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. 14 S. 56 Anm. 13 die Stelle zum Erweise eines beneficium excussionis im klassischen Rechte benutzen will.

2) In der Regel erfolgt diese cautio zwar durch Spondierung (s. Lenel, Pal. II praef. S. 3, oben S. 3 Anm. 8), aber keineswegs immer, wie Cuq l. c. I¹ p. 682 n. 3 annimmt. Vielmehr wurde zu Papinians Zeit, wie diese Stelle und die D. 46, 6, 12 beispielsweise zeigen, bereits häufig davon abgewichen. Mit Recht läßt daher Lenel, Pal. I S. 754 auch in Modest. D. 46, 1, 41 pr. die „fideiussores“ als spätklassisch stehen, mit Unrecht beseitigt er sie in Paul. D. 23, 2, 60, 1 (s. oben S. 5 Anm. 7 sub c).

3) und war wohl auch hier wie bei dem analog gelagerten Fall des Curators (s. Ulp. D. 46, 6, 4, 8; Ulp. D. eod. 8) durchaus üblich: ein Beispiel für diesen bietet Modest. D. 46, 1, 41 pr., wo „qui pupillus fuit“ ebenso wie manches andere („post impletam legitimam aetatem“ = „post legis Plaetoriae aetatem“; „solvendo esse desierit“ hat kein Subjekt; „non temere“ actio „competit“ [vgl. P. Krüger, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 16 S. 5]) interpoliert ist; ein weiteres Beispiel für den Curator und den Tutor begegnet in C. 5, 57, 2, 2 (s. auch u. S. 152 Anm.). Trotzdem ist selbstverständlich dieser Vertrag von der cautio rem pupilli (minoris) salvam fore selbst scharf zu unterscheiden, und es ist völlig irrig, ihn als „eine gewisse Fassung der rem pup. salv. fore fideiussio“ (so Brinz a. a. O. II S. 187 Anm. 38) zu bezeichnen.

dann die Bürgen zu belangen, ohne wie bei der *fideiussio rem pupilli salvam fore* der konsumierenden Wirkung der *litis contestatio* oder doch wenigstens dem Konsumtionszwange des *Judex in judicio tutelae* ausgesetzt zu sein ¹⁾; der Fidejussoren aber deshalb, weil sie auf Grund ihrer bisherigen Verpflichtung weder die Vorausbelangung des Tutors noch das *beneficium divisionis* verlangen konnten, wie denn das letztere aus Papin. D. 46, 6, 12 ohne Zweifel hervorgeht. Es erhebt sich nun die Frage, ob das *beneficium* ihnen denn auf Grund der neuen Verpflichtung gewährt werden kann. Papinian entscheidet sich für die Gewährung: aber nicht deswegen, weil, wie bisher vielfach ²⁾ vermutet worden, der Mündel als *pubes* die Privilegien seiner bisherigen Unmündigkeit und somit auch den Fortfall des *beneficium divisionis* nicht mehr in Anspruch nehmen könne: denn diese Antwort läge auf der Hand und bedürfte keiner besonderen

1) Welche von diesen beiden Wirkungen Platz griff, hing davon ab, ob der Mündel gegen den Tutor mit der *actio ex stipulatu* oder mit der *actio tutelae* vorging. Keller, *Litiskontestation* S. 437 Anm. 5, S. 566 f. und Windscheid-Kipp a. a. O. II S. 1100 Anm. 4 denken freilich nur an die Abwendung der durch die *litis contestatio* eintretenden prozessualen Konsumtion. Daß das aber den Fall der Erhebung der *actio tutelae* nicht trifft, erweisen C. 5, 57, 2, 2 und vor allem Ulp. D. 46, 2, 9 pr. zur Evidenz. Zwischen der *actio tutelae* und der *actio ex stipulatu*, welche sich aus der *cautio rem pupilli salvam fore* gegen den Tutor richtete, herrschte keineswegs Konsumtionskonkurrenz und konnte es auch gar nicht, weil es zur *eadem res* an dem Vorliegen einer einheitlichen *causa* fehlte: „*habet tamen adhuc ex stipulatu actionem*“. Um so weniger konnten die Konditionen gegen die Bürgen mit der *actio tutelae eadem res* bilden: darauf passen vorzüglich und ausschließlich die Worte der C. 5, 57, 2, 2 „*manet fideiussor obligatus*“, wenn man nicht wie Keller vor einem unerklärlichen Widerspruche stehen bleiben will (s. auch oben S. 28 Anm. 1 a. E.). — Erst der im *tutelae judicium* frei gestellte *Judex* führte hier vielmehr die vom Zivilrechte versagte Konsumtion herbei, indem er „*non aliter condemnare debet, quam si ex stipulatione* (des Tutors und damit auch der Bürgen) *liberatio fieret*“. Auch diese Konsumtion unschädlich zu machen, mußte der Mündel sich angelegen sein lassen, und so behält die D. 27, 7, 7 auch unter diesen Umständen ihren guten Sinn.

2) z. B. Rudorff, *Vormundschaftsrecht* III S. 143 ff. nach Cujaz; über eine andere gänzlich grundlose Auslegung Pothiers s. Glück, *Pandekten* Bd. 32 S. 384 f.

Erörterung, vor allem könnte sie auch nicht in ein „*placuit*“ gekleidet werden; zudem würde sich dieser Sinn nur äußerst gewaltsam in die entscheidenden Worte „*quod onus fideiussorum susceptum videretur*“ zwängen lassen. Die Bedenken, die der Fall dem Juristen offenbar einflößt, haben ihren Grund vielmehr darin, daß diejenigen, welche „*quod a tutore servare non poteris*“ promittieren, ja gar keine fideiussores mehr sind, sondern korreale Hauptschuldner dieser neuen, mit der Obligation des Tutors nur durch das Bedingungsverhältnis in Zusammenhang stehenden Indemnitätsobligation. Mit ihrer Fidejussoreneigenschaft verlieren sie aber von Rechts wegen *eo ipso* die Möglichkeit, des Beneficiums teilhaftig zu werden. Trotzdem — und jetzt paßt der Satz ganz vorzüglich — „*placuit . . . actionem dividi*“ und warum?: weil die Promittenten zwar keine Fidejussoren sind, dennoch aber „*onus fideiussorum susceptum videretur*“ ¹⁾ ²⁾.

Diese einzig mögliche Begründung wäre sicherlich längst erkannt worden, wenn man sich die Ungereimtheit abgewöhnt hätte, im Sinne des römischen Rechtes von einer Indemnitätsbürgschaft zu sprechen ³⁾. Zu unserer Interpretation paßt

1) Ganz das gleiche Bild gewährt folgende Gegenüberstellung auf dem Gebiete der dem Schuldner geleisteten Indemnitätspromission: einerseits Ulp. D. 16, 1, 8, 1: „*Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi praedia eius distraherent, et indemnitatem eis repromiserit, Papinianus libro nono quaestionum non putat eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse neque veterem neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem*“; andererseits Afric. D. eod. 19, 4 in einem entsprechenden Fall: „*prope est, ut sit intercessio*“. Vgl. auch Afric. D. eod. 19, 2.

2) Richtig übrigens schon Huschke, Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 14 S. 61 f., der aber die Bezeichnung dieser Verpflichtungsart als fideiussio für bereits römisch hält. S. dagegen d. folg. Anm. — Auch Hasenbalg a. a. O. S. 729 scheint ebenso empfunden zu haben, da er die Zulassung des benef. divis. in diesem Falle gleichfalls befürwortet, ohne indessen unserer Stelle zu gedenken.

3) Ganz in diesem Sinne Sokolowski, Mandatsbürgschaft S. 6 f. — Sachlich steht ja auch die herrschende Meinung durchaus auf dem vortragenen, aus den Quellen auch frappierend deutlich ersichtlichen Standpunkt (vgl. Pap.-Paul. D. 45, 1, 116: „*non enim sunt duo rei Maevius et*

aber auch genau der sonst unverständliche weitere Satz, der auf das Bestehen des *beneficium* bei den Mandatoren hinweist. Denn

Titius eiusdem obligationis, sed Maevius sub condicione debet, si a Titio exigi non poterit“ und die übrigen S. 8 Anm. 3 oben zitierten Stellen): so statt aller die in jedem Worte zu unterschreibende Darstellung Kellers, Litisk. u. Urt. S. 563 ff., auf die wir verweisen dürfen, um sie in ihrer einfachen Klarheit der komplizierten Erklärung gegenüberzustellen, durch die Geib a. a. O. S. 18 ff. neuerdings das „wahre ursprüngliche Wesen“ der „fideiussio indemnitis“ als das einer wirklichen fideiussio darzutun meint. Er hat damit allerdings die Zustimmung Kipps (bei Windscheid a. a. O. II S. 1098 Anm. 1) gefunden, doch seien ihm in Kürze folgende Momente entgegengehalten: *a.* Eine wirkliche fideiussio indemnitis ist, wie Geib gegenüber Früheren (z. B. Salkowski, Novation S. 238 ff., bes. S. 243) mit Recht annimmt, nur denkbar als eine fideiussio für die Judikatsschuld. Wäre sie eine solche, so müßte, wie Geib S. 25 es auch tut, gefolgert werden: *α.* die *litis contestatio* mit dem *iudicatus* konsumiert die *actio* gegen den Indemnitätspromittenten, *β.* die *litis contestatio* mit dem Indemnitätspromittenten konsumiert die *actio* gegen den *iudicatus*. Ein Satz steht und fällt offenbar notwendig mit dem anderen; es läßt sich aber auch jeder von ihnen einzeln widerlegen. Zunächst fällt gegen beide entscheidend ins Gewicht, daß in den Quellenstellen übereinstimmend von der Befriedigung des Gläubigers und von der ersten *litis contestatio* gesprochen wird, niemals aber von einer Judikatsschuld oder von einer *litis contestatio* in iure des Judikatsprozesses auch nur das mindeste verlautet. Weiter aber sagt Papin. in D. 45, 1, 116 positiv schlechthin das Gegenteil des unter *α* angeführten Satzes: „sed et si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus, nisi iudicatum Titius fecerit“, während nach Geib notwendig etwa „nisi iudicati iudicium Titius acceperit“ erwartet werden müßte. Den unter *β* aufgestellten Satz aber vermag die von Geib dazu angerufene, von Gide, Novation p. 150 n. 2 übrigens bereits zu gleichem Zwecke verwertete celsinische D. 12, 1, 42 pr. i. f. keineswegs zu stützen. Denn da hier der Hauptschuldner Titius noch nicht einmal belangt, viel weniger also ein *iudicatus* ist, so dürfte ja die mit dem Promittenten Seius vorgenommene *litis contestatio* die gegen Titius gerichtete *actio* ebenso wenig konsumieren wie die (erste) Klage gegen Titius die obligatio des Seius „in iudicium deduziert und konsumiert“ (Geib S. 23). Warum also trotzdem „tanto minus a Titio postea petere possum“, das läßt Geib gerade gänzlich unerklärt. Auch widerspricht er sich ausdrücklich, wenn er einerseits S. 21 ff. wiederholt die vorherige erfolglose Ausklagung des Hauptschuldners zur Bedingung der Entstehung der Indemnitätsobligation macht, andererseits aber in der l. 42 pr. die sonach noch gar nicht entstandene Klage gegen den Promittenten bereits die gegen den Hauptschuldner gerichtete konsumieren läßt. — Daß die Entscheidung des Celsus der der übrigen Stellen (vgl. z. B. Paul. D. 45,

wie sollte Papinian sonst darauf verfallen, plötzlich von den Mandatoren zu reden? So aber findet er bei ihnen für seine

1, 116: „a Maevio enim ante Titium excussum non recte petetur“; auch Paul. D. 46, 3, 21, deren ersten Teil mit Salkowski a. a. O. S. 242 Anm. 27 dem Sabinus zuzuschreiben, kein Anlaß vorliegt: auch Fr. Schulz, Sabinusfragmente [1906] S. 95 enthält nichts darüber) entgegensteht (was Geib S. 21 Anm. 1 mit Unrecht gegenüber den in dieser Beziehung richtigen Ausführungen Salkowskis S. 239 ff. bestreitet), beruht darauf, daß Celsus zur Entstehung der Bedingung, unter der der Promittent schuldet, nur voraussetzt, daß auf irgend welche Weise die Höhe der vom Hauptschuldner nicht beizutreibenden Summe festgestellt worden ist, wogegen die Jüngerer verlangen, daß diese Summe infolge Ausklagung und Zwangsvollstreckung feststehen muß (vgl. Girard l. c. p. 753). Auf Grund dieses Unterschiedes mußte später die vorherige Belangung des Promittenten überhaupt als ausgeschlossen erscheinen, während Celsus sie zulassen durfte. Dann aber ist die Ratio der celsinischen Entscheidung einleuchtend genug: ebenso wie, falls der Indemnitätspromittent zuletzt belangt wird, für die Frage der Exequierbarkeit des Hauptschuldners die mit ihm, dem Promittenten, vorgenommene Litiakontestation der maßgebende Zeitpunkt ist, so soll sie es auch sein, wenn die Klage gegen den Promittenten zuerst erhoben wird. Ist also der Hauptschuldner zur Zeit dieser litis contestatio nur teilweise zahlungsfähig, so gibt diese teilweise Zahlungsfähigkeit die Grundlage wie für die Verurteilung des Promittenten so auch notwendig für die des Hauptschuldners ab, da ja anderenfalls der Promittent auf mehr verklagt würde, als er möglicherweise schuldete. Seine Belangung setzt begrifflich unbedingt eine feste, definitive Begrenzung der Schuld des Hauptschuldners voraus, an welcher man auch dann festhalten mußte, wenn der Hauptschuldner etwa zur Zeit seiner späteren Belangung wieder zahlungsfähiger geworden war. Nur so erklärt sich die Verringerung der Hauptschuld. Von einer Klagenkonsumtion im technischen Sinne kann dagegen so wenig die Rede sein wie von einer eadem res überhaupt, deren Vorliegen doch Paul. in D. 45, 1, 116 so unzweideutig wie möglich verneint. Aus diesem Grunde verbietet es sich auch, die Celsusstelle mit Fitting, Natur der Korrealobligationen S. 259 durch Annahme einer (bedingten) Novation zu erklären: eine Annahme, die zudem durch das „non fit novatio“ in Ulp. D. 46, 2, 6 pr. ausdrücklich ausgeschlossen wird. Hier das „non“ für interpoliert zu halten, geht doch wohl nicht an, da es den Kompilatoren bei der Behandlung dieser Stelle ja nur auf den animus novandi ankam und ihnen ein ulpianisches „fit novatio“ um keinen Deut größeres Kopfzerbrechen verursacht hätte: sie wären dann einfach fortgefahren: „quia hoc agitur, ut novetur“. — b. Es ist bezeichnend, daß keine von den mit einer Indemnitätstipulation sich beschäftigenden Stellen eine „fidejussio“ erwähnt, daß vielmehr beide einander als Gegensätze gegenübergestellt werden: so Pa-

Entscheidung eine Analogie. Denn streng genommen ist auch das Kreditmandat keine Bürgschaft, zu deren Wesen notwendig das Akzessorische der Verpflichtung gehört: die Mandatoren sind vielmehr gerade diejenigen, die den Anstoß zu der Kredit-

pinian in D. 50, 1, 11, 1. Soweit wir sehen, machen neun Fragmente eine scheinbare Ausnahme: die interpolierte (s. oben S. 7 ff., 23) Ulp. D. 46, 2, 6 pr., die in Wahrheit (s. Lenel, Pal. I S. 884, anders Liebenam Art. „duo-viri“ in Pauly-Wissowas Realencyclopädie V 2 Sp. 1812) auf den praes bezügliche Papin. D. 50, 8, 5, 3; die von Lenel, Pal. I S. 1231 freilich nicht beanstandete Paul. D. 19, 2, 54 pr., deren unnötige Schlussworte „vel ita «indemnem me praestabis»“ aber einen um so schlechteren Eindruck machen, als das „me“ in der ganzen Stelle keine Beziehung findet; die beiden C. 5, 57, 2, 2 und Modest. D. 46, 1, 41 pr., in denen die Indemnitätspromittenten doch wohl ganz wie in D. 27, 7, 7 mehr zufällig auch Fidejussoren rem pupilli (minoris) salvam fore sind (vgl. oben S. 147 Anm. 3) und endlich Jul. D. 46, 1, 16, 6, Scaev. D. eod. 63 und Papin. D. eod. 52 pr., die wieder umgekehrt, was Geib bezüglich der ersten beiden Stellen (S. 20 Anm. 3, S. 30 Anm. 1 a. a. O.), nicht aber bezüglich der letztgenannten (S. 21 Anm. 5; zu dieser vgl. Manigk, Pfandrechtl. Untersuchungen I S. 115) Stelle erkannt hat, von gar keiner Indemnitätsstipulation handeln, wo vielmehr nichts dagegen spricht, daß die Fidejussoren ganz regelrecht durch die Litiskontestation mit dem Hauptschuldner frei werden (entgegengesetzt neuerdings Bortolucci, Bullett. dell' Istituto di dir. Rom. Bd. 17 p. 303 seqq., der ohne stichhaltigen Grund diesen Fidejussionen den Effekt eines beneficium excussionis zuschreibt): bezeichnenderweise ist in diesen Stellen wohl von Veräußerung und Untergang des Pfandes, von Mahnung und Tod des Hauptschuldners, nicht aber von dessen Ausklagung die Rede. Ganz besonders sei auf das „verisimile est id actum“ der l. 16 § 6 verwiesen, das anscheinend den Gedanken an die gerichtliche Geltendmachung gerade ausschließen will. — e. Schließlich ist aus der Bemerkung Justinians in seiner C. 8, 40, 28, 1 init. für das klassische Recht keineswegs etwas abzuleiten, abgesehen davon, daß diese Bemerkung außerordentlich viele Deutungen erlaubt. Hier dürfte die Skepsis Kellers (a. a. O. S. 563, 567) mehr am Platze sein. — Andererseits darf natürlich diese Indemnitätspromission nicht mit den Promissionen gleichgesetzt werden, durch welche dem Schuldner Indemnität versprochen wird: insoweit sind die Ausführungen Girtanners, Bürgschaft S. 324, Stammers Arch. f. d. zivil. Prax. Bd. 69 S. 37 f. und Ungers, Jherings Jahrb. Bd. 33 S. 300 Anm. 3 berechtigt. Aber ein „selbständiger Garantievertrag“ bleibt deswegen die dem Gläubiger geleistete Promission doch. Die beiden Indemnitätsstipulationen und die Fidejussio sind drei völlig getrennt zu handelnde Geschäfte.

gewährung, zur Begründung der Hauptschuld geben: also mit der *actio mandati* belangbare Hauptschuldner. Trotzdem ist das *beneficium divisionis* sofort durch die *epistula Hadriani* auch auf sie erstreckt worden, wie das auf Grund der bestimmten Ausdrucksweise „*dividitur actio*“ und noch mehr auf Grund der C. 4, 18, 3 keinem Zweifel unterliegen kann¹⁾: also ergibt sich daraus, daß es bei dieser Frage nicht auf die „*species actionis*“, nicht darauf ankommt, ob gerade gegen einen Fidejussor geklagt wird, sondern daß lediglich der Umstand von Wichtigkeit ist, daß man für einen anderen eine Verpflichtung eingeht. Nichts anderes als diese geradezu als selbstverständlich sich aufdrängende Beweisführung ist aber auch die Papinians: nichts anderes sagt der sprachlich freilich ganz verfehlte²⁾ Schlufssatz. Ihm läßt sich allerdings weder durch eine Verwandlung des „*quod datum*“ in ein „*quodam modo*“³⁾ noch wohl auch durch ein „*datur*“ anstatt des „*datum*“ aufhelfen; zudem ist das „*excludit*“ an Stelle von „*excludat*“ einfach falsch⁴⁾, und es ist

1) Vgl. auch Windscheid-Kipp a. a. O. II S. 1099 Anm. 2, Brinz a. a. O. II S. 84 Anm. 2, H. Krüger, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 34 S. 589, Geib a. a. O. S. 161, Knoll a. a. O. S. 7 f., wo weitere Literatur angegeben ist. Anders ohne hinreichenden Grund Cujaz und Pothier (bei Glück a. a. O. Bd. 32 S. 383 f. zitiert), Girtanner a. a. O. S. 102, Sokolowski a. a. O. S. 87 f., Girard l. c. p. 756 n. 4. Eisele, Arch. f. d. zivil. Pr. Bd. 77 S. 460 Anm. 76 vermutet, daß mehrere Mandatoren sich das *benef. divisionis* „noch ausdrücklich auszubedingen“ pflegten. Den Grund dafür vermögen wir nicht einzusehen und ihn insbesondere nicht aus Paul. D. 17, 1, 59, 3 zu entnehmen: vgl. in Bezug darauf auch Binder a. a. O. S. 351 f.

2) So mit Recht auch Eisele, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 13 S. 147 f.

3) So konjiziert Mommsen z. d. St.

4) da irreale Fragen notwendig im Konjunktiv stehen müssen: eine Regel, welcher die klassischen Juristen durchweg folgen. Das ergeben die 21 im *Vocab. iurisp. Rom. Sp.* 1134 für „*cur*“ mit dem Konjunktiv angeführten Stellen, wie denn andererseits die dort genannten (abgesehen von D. 27, 7, 7) zwölf Fragmente, die den Indikativ enthalten, bis auf zwei sämtlich reale Fragen stellen. Von diesen beiden hat Marcian. D. 20, 1, 11. 2 statt des *Coniunct. Praes.* das *Futurum* („*cur [praetor] non tuebitur?*“), was nicht zu beanstanden sein wird, während Ulp. D. 2, 14, 7, 6 gerade bezüglich des fraglichen Satzes „*si igitur in totum potest, cur non et pars eius pactione mutari potest?*“, der als selbstverständlich hinstellt, was sich, wie

auch schief, die Verpflichtung aus der Stipulation oder dem Mandat als „solvere“ zu bezeichnen. Allein das läßt nur darauf schließen, daß Papinian sich vielleicht in irgend einer spezielleren Art ausgedrückt habe, die den Kompilatoren nicht mehr zusagte: das, was der Satz aussprechen sollte, bleibt trotz alledem völlig klar: die Haftung für fremde Schuld, gleichviel in welcher Form, sei für die Gewährung des Beneficiums wesentlich.

Ist damit aber gesagt, daß daneben etwas anderes nicht gleichfalls wesentlich sein könne? Wie sollte in diesen Zusammenhang die Betonung der Gleichzeitigkeit passen? Dann könnte Girtanner mit gleichem Rechte folgern, daß Papinian auch die Zahlungsfähigkeit der mehreren Bürgen für kein notwendiges Erfordernis gehalten hätte. Eine solche Nutzbarmachung der D. 27, 7, 7 für das benef. divisionis der ungleichzeitigen Fidejussoren scheint demnach ein ganz verfehltes Beginnen: diese angebliche Ansicht Papinians aber allein des Schlufssatzes halber auch gleich auf Justinian zu übertragen und damit das in C. 4, 18, 3 offensichtlich dastehende „simul“ für unwesentlich zu erklären: das ist doch tatsächlich etwas kühn. Noch ungeheuerlicher freilich ist es, dem, der aus „simul“ die Notwendigkeit der Gleichzeitigkeit für die Konstituenten folgert und daraus, weil die Konstituenten nicht anders behandelt werden sollen als die Fidejussoren und Mandatoren („et in his“), auch die Notwendigkeit der Gleichzeitigkeit für die Bürgen und Mandatoren ableitet, eine *petitio principii* vorzuwerfen. Wenn Konstituenten ebenso zu behandeln sind wie Fidejussoren und Mandatoren, so sind auch Fidejussoren und Mandatoren ebenso zu behandeln wie die Konstituenten. Für diese aber wird Gleichzeitigkeit erfordert: folglich auch für jene. Wenn Girtanner hier außerdem noch den besonderen Nachweis verlangt, daß Fidejussoren und Mandatoren sich *uno actu* verbürgen müssen, dann verwechselt er Voraussetzung und Behauptung, Gegebenes und zu Folgerndes.

Hasenbalgs ¹⁾ Übersetzung des „simul“-Satzes: „die neben einander dieselbe fremde Verbindlichkeit erfüllen zu wollen ver-

Pap. D. 18, 1, 72 pr. zeigt, keineswegs so oberflächlich abtun läßt, sehr verdächtig erscheint: so Pernice, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 9 S. 212 Anm. 1.

1) A. a. O. S. 784f.

sprochen haben“ wird man als diskutierbaren Versuch, der Beweiskraft der C. 4, 18, 3 Abbruch zu tun, kaum betrachten können, und andere Einwendungen sind, soweit wir sehen, überhaupt nicht erhoben worden. Somit wäre der Beweis aus den Quellen strikt geliefert.

Dieses unmittelbare Ergebnis wird aber auch durch innere Gründe außerordentlich gestützt. Es sind ganz dieselben, die bei der Sponsio zu der Unanwendbarkeit der *lex Furia* auf nicht gemeinsam verpflichtete Sponsoren geführt haben ¹⁾. Vollständig gilt das zunächst von den obigen Billigkeitserwägungen ²⁾: früherer und späterer Bürge können auch auf anderem Wege zu dem Beneficium gelangen, Hauptschuldner und Gläubiger werden durch das von keiner Seite beabsichtigte Auftreten neuer Divisoren unverantwortlich geschädigt. Aber auch der Standpunkt des formalen Rechtes ist hier ganz der gleiche ³⁾. Denn das einzige Unterscheidungsmerkmal beider Institute in dieser Beziehung, daß eine nachträgliche Sponsio allmählich erst aufkam, die nachträgliche Fidejussio aber so alt ist wie die Fidejussio überhaupt, kann die Entscheidung der Frage nicht im mindesten berühren. Es ist nun einmal ein Fundamentalsatz des klassischen Rechtes, dessen logischer Struktur auch nur er gerecht wird, daß das Verhältnis der Korrealität, soweit es nicht durch das akzessorische Moment beeinflusst ist, und ebenso das entsprechende Innenverhältnis (die „*quaedam societas*“ bei den Sponsoren) nur durch einen Akt begründet werden kann, an dem die Träger aller so eng mit einander zu verbindenden Obligationen gemeinsam teilnehmen, in dem die Obligationen gemeinsam zur Entstehung kommen. Lediglich als Ausfluß dieser Beziehungen stellt sich das beneficium divisionis dar, ebenso wie die Teilhaftung der *lex Furia* nur für gemeinsam verpflichtete

1) S. oben S. 108 ff.

2) Hasenbalg a. a. O. S. 478 erkennt selbst an, daß der auch von ihm auf Grund des eben dargelegten Quellenmaterials verfochtenen herrschenden Meinung „gewichtige innere Gründe entgegenstehen“.

3) Selbst Liebe, der das mit der herrschenden Meinung verneinen zu müssen glaubt, gibt a. a. O. S. 228, 229 zu, daß er damit „von aller theoretischen Konsequenz absieht“.

Sponsoren zu wirken vermochte. Denn getrennt verpflichtete Sponsoren oder Fidejussoren haben im Grunde nichts mit einander gemein, als daß sie in der Hauptschuld ihren gemeinsamen Mittel- und Berührungspunkt finden: daher können sie auch nur der Rechte teilhaftig werden, die auf dem Wege über den Hauptschuldner zu ihnen zu gelangen vermögen. Nach innen dagegen, den übrigen Bürgen gegenüber, herrscht keine Verbindung, auf der sich Regrefsrecht oder Teilhaftung oder sonst irgend eine Beziehung aufbauen könnte. Diese Verbindung muß erst selbsttätig zwischen den Bürgen hergestellt werden: und das wird sie nur durch die Gemeinsamkeit ihres Auftretens, ihres Versprechens. Wenn dieser Gedankengang sich nirgends belegt fände, so wäre es doch notwendig, ihn aus dem römischen Geiste heraus zu konstruieren. Indes wie uns für die Sponsio abgesehen von der Papinianstelle (D. 46, 1, 48, 1) ein positives Zeugnis in der „societas“ des Gaius geblieben ist, so haben uns auch für die Fidejussio die Kompilatoren das Bild nicht völlig zu verschleiern vermocht.

Sehr bemerkenswert ist in dieser Hinsicht zunächst ein Fragment Papinians (D. 46, 1, 51, 2), dessen in Betracht kommende erste Hälfte wir wiedergeben:

„Duo rei promittendi separatim fideiussores dederunt: invitus creditor inter omnes fideiussores actiones dividere non cogitur, sed inter eos dumtaxat, qui pro singulis intervenerunt.“

Ließe es sich auch für die Frage der Gleichzeitigkeit unmittelbar nicht verwenden ¹⁾, so ergibt sich daraus doch jedenfalls unbestreitbar die Tatsache, die meist nicht genügend gewürdigt worden ist, daß, was eadem res und damit Konsumtionskonkurrenz der Klagen zu erzeugen geeignet ist, im Fidejussorenrechte noch nicht hinreicht, eine quasi societas zu begründen. Denn wenn im vorliegenden Falle, wie nicht bezweifelt werden kann, die litis contestatio konsumierend wirkt, das beneficium divisionis aber nicht Platz greift, so muß dieses von dem Vorliegen einer Voraussetzung abhängig sein, die noch zu dem Erfordernis des

1) S. oben S. 141 f.

Vorhandenseins mehrerer zahlungsfähiger Bürgen für dieselbe Schuld hinzutritt.

Dafs diese Voraussetzung aber die Gemeinsamkeit der Verbürgung ist, erweist abgesehen von der speziellen C. 4, 18, 3 die Existenz der „confideiussores“ in der Sprache der klassischen Juristen. Es ist das Verdienst E. A. Seufferts ¹⁾, auf diesen Ausdruck zuerst aufmerksam gemacht zu haben. Und in der Tat ist es unmöglich, ihn einfach zu umgehen. Denn das kann man den korrekten Römern kaum zutrauen, dafs sie neben dem seinen Zweck ausfüllenden Simplex „fideiussor“ rein zwecklos ein neues Wort geschaffen hätten, dazu ein solches, dem man von vornherein ansieht, dafs es eine spezielle Bedeutung haben müsse. Bekker ²⁾ freilich hat gemeint, dafs „alle diese“ (mit „con“ gebildeten) „Komposita nicht schlechthin einen von mehreren Gleichgestellten, sondern (diesen) vielmehr gerade nur in seinem Verhältnis zu einem anderen Gleichgestellten bezeichnen“ ³⁾: indessen hat er selbst zugegeben, dafs wenigstens bei den *correi* zur Bezeichnung dieses Verhältnisses das „con“ nicht als ausreichend erachtet, sondern durch ausführlichere Zusätze wie „*eiusdem pecuniae*“ ersetzt wurde. Zudem wird für die Confidejussoren diese Ansicht durch die mit ihr unvereinbare Pomp. D. 46, 1, 43 ⁴⁾ völlig ausgeschlossen. So sucht denn auch Binder ⁵⁾ nach einer absoluten Bedeutung des Wortes, ohne allerdings die Gemeinsamkeit der Verbürgung darin ausgedrückt zu finden. Hingegen fafst Sohm ⁶⁾ das „con“ in unserem Sinne auf, und selbst Girtanner ⁷⁾ glaubt, dafs die *confideiussores* mindestens ursprünglich nur die gleichzeitig sich verpflichtenden Mitbürgen bezeichnet hätten. Später jedoch, meint er, sei diese

1) in seinem Archiv Bd. 6 S. 58 Anm. 2.

2) Aktionen II S. 317 f.

3) Ähnlich Hasenbalg a. a. O. S. 482, 485 unter der nicht überzeugenden Berufung auf Ulp. D. 46, 1, 10 pr.: über diese vielmehr u. S. 163.

4) Darüber u. S. 160 ff.

5) A. a. O. S. 17.

6) A. a. O. S. 380 Anm. 3; vgl. auch Heumann-Seckel, Handlexikon z. d. Quellen d. röm. Rechts², welches den „*confideiussor*“ definiert als einen, der „sich zugleich mit einem anderen für jemanden verbürgt hat“.

7) A. a. O. Bd. 48 S. 279.

besondere Bedeutung verblasst und das Kompositum mit dem Simplex identisch geworden.

Allein eine solche Lösung ist nicht möglich. Zunächst ist durch sie nicht im mindesten geklärt, wie das Bedürfnis nach dem besonderen Ausdruck, dem die Confidejssoren ihr Aufkommen danken, plötzlich geschwunden sein soll. Die Confidejssoren setzen einen Gegensatz voraus, der die nicht gleichzeitigen Bürgen in sich faßt. Wenn also die Entwicklung sich in der Richtung vollzogen hätte, daß die ursprünglich nur gestattete *unitas actus* allmählich ein notwendiges Erfordernis geworden wäre und somit alle „fideiussores“ zu „confideiussores“ geworden wären, dann liefse sich eine Identifizierung, eine wechselseitige Benutzung beider Ausdrücke allenfalls verstehen. In Wirklichkeit aber ist die Entwicklung gerade entgegengesetzt vor sich gegangen, wenn, was wir verneinen zu müssen glauben ¹⁾, eine gleichzeitige Fidejubierung überhaupt jemals Gebot war. Wenn also schon bei der Entstehung der Fidejussio eine Scheidung zwischen der rechtlichen Stellung der Fidejssoren und der der Confidejssoren gemacht wurde, so kann diese Scheidung im Laufe der klassischen Zeit stets nur bedeutungsvoller geworden, nicht aber im Sande verlaufen sein.

Unter diesen Umständen wäre die angebliche Erscheinung, daß das Kompositum seine ursprüngliche ihm eigentümliche Bedeutung eingebüßt hätte, nur dann erklärlich, wenn das Simplex außer Gebrauch gekommen wäre und sich das Kompositum ganz an seine Stelle gesetzt hätte. Würde sich das aus den Quellen ergeben, so müßte daraus allerdings eine Verschmelzung beider Begriffe gefolgert werden. Daß die Digesten aber ein dem total entgegengesetztes Bild liefern, bedarf kaum der Hervorhebung: den 11 Confidejssoren, die die Digesten aufweisen, stehen 769 Fidejssoren gegenüber ²⁾. Sonach bleibt gar kein anderer Ausweg offen, als daß die Confidejssoren auch im

1) S. oben S. 133.

2) Vgl. bezüglich der Confidejssoren *Voc. iurisp. Rom.* I Sp. 911, bezüglich der Fidejssoren den Berliner Digestenindex (s. oben S. 3 Anm. 2). — Auf die Interpolationen ist hier keine Rücksicht genommen, da auf völlige Genauigkeit hier nichts ankommt.

klassischen Rechte noch eine besondere Klasse von Fidejussoren bildeten, deren Eigentümlichkeit das „con“ d. h. die unitas actus war.

Ist das aber richtig, so haben wir in ihnen die gesuchten akzessorischen Quasisocii gefunden. Denn das, was, wie ausgeführt ¹⁾, den Fidejussoren im allgemeinen zur Erreichung dieser quasi societas und somit zu einer unmittelbaren gegenseitigen Beziehung zu einander mangelte, das war ja gerade die unitas actus. Nun diese als ein wesentliches Moment hinzugekommen ist, haben wir in den Confidejussoren diejenigen Bürgen zu erblicken, zwischen denen ein selbständiges Rechtsverhältnis möglich ist, weil sie durch ihr gemeinsames Versprechen in eine rechtlich relevante Gemeinschaft getreten sind. Nur sie sind daher zunächst des beneficium divisionis teilhaftig. Dafs an den in Betracht zu ziehenden Stellen nicht immer von ihnen, sondern mitunter einfach von „fideiussores“ gesprochen wird, kann ebenso wenig etwas ausmachen, wie das oben ²⁾ vielfach beobachtete Fehlen des besonderen Hinweises auf die Gleichzeitigkeit: die „confideiussores“ sind ja natürlich immer auch „fideiussores“; umgekehrt aber sind die „fideiussores“ noch nicht „confideiussores“. Wo also diese ausdrücklich genannt sind, da müssen auch sie speziell als solche verstanden sein, und es müssen Dinge von ihnen ausgesagt werden, die eben nicht allgemeine, sondern eine ganz besondere Geltung nur für sie haben: ansonst wäre ja eben, wie oben dargelegt, ihre Hervorhebung statt der einfachen „fideiussores“ nicht begreiflich. Wenn daher das beneficium divisionis in den Quellen ihnen besonders zuerkannt wird, so mufs es gestattet sein ³⁾, darin den zwingenden Beweis zu erblicken, dafs dieses Teilungsrecht nur ihnen und nicht den getrennt verpflichteten Fidejussoren zustand. Diesem Ergebnis kommt die Überlieferung in ganz überraschender Weise entgegen; denn von den acht Stellen, auf

1) S. oben S. 155 f.

2) S. 140 ff.

3) Dieser zurückhaltende Ausdruck ist deshalb erforderlich, weil wir kein technisch geformtes Gesetzbuch, sondern nur eine Fragmentensammlung vor uns haben.

welche sich die zehn Confidejussoren der Quellen verteilen ¹⁾, haben nicht weniger als sechs eine unverkennbare unmittelbare oder mittelbare Beziehung auf das *beneficium divisionis*: eine Tatsache, die bei dem Zufall, der unsere Überlieferung beherrscht, geradezu auffallend und für sich allein geeignet ist, auf unsere Vermutung hinzuleiten.

Betrachten wir diese Fragmente nun im einzelnen, so ist unter ihnen *Afric. D. 46, 1, 21, 1* das einzige, welches gar kein Verhältnis zu unserem Thema aufzuzeigen scheint: wenigstens wird es aus dem hier wiedergegebenen kurzen Satze nicht klar, ob auf das *beneficium divisionis* angespielt werden soll. Möglich wäre es immerhin: schon um deswillen, weil dann das zweite Beispiel dem ersten in den Konsequenzen ähnlicher wäre, indem in beiden Fällen „*duae obligationes eiusdem pecuniae nomine*“ vorlägen, deren zweite die Haftung des Fidejussors in irgend welcher Richtung verstärkte: im ersten Falle, weil sie als unbedingte Obligation neben die bedingte tritt, im zweiten, weil sie dem Bürgen statt $\frac{1}{n}$ der Schuld $\frac{2}{n}$ derselben aufbürdet, da auf ihn (jedenfalls, wenn eine *litis contestatio* bereits stattgefunden hat) bei der Anwendung des *beneficium divisionis* zwei Quoten der gesamten Schuld fallen: seine ursprüngliche und die seines Erblassers. Indessen weil überhaupt nicht ersichtlich ist, welchem Zwecke diese ganze Erörterung dienen soll, lassen wir die Stelle lieber gänzlich außer Betracht ²⁾.

Ein zweites Fragment hebt die technische Bedeutung der „*confideiussores*“ ganz ausdrücklich hervor: *Pomp. D. 46, 1, 43*:

„*Si a Titio stipulatus fideiussorem te acceperim, deinde eandem pecuniam ab alio stipulatus alium fideiussorem accipiam, confideiussores non erunt, quia diversarum stipulationum fideiussores sunt*“.

Die Auslegung der Stelle ist keineswegs einfach. Vor allem darf sie natürlich nicht dafür in Anspruch genommen werden.

1) Die Papinianstelle *D. 46, 1, 48, 1* mit einer Verwendung hat auszuscheiden, da sie, wie oben S. 97 ff. dargelegt, von den „*consponsores*“ handelt.

2) Auch Helmsolt, *Korrealobligationen* S. 38 versteht sie von gemeinschaftlich verpflichteten Bürgen.

dafs *unitas actus* zur Begründung einer (prinzipalen) Korrealität nicht erforderlich sei¹⁾. Aber auch die diese Ansicht widerlegende Ausführung Binders²⁾ führt in ihrem positiven Teile zu keinem befriedigenden Ergebnisse. Denn wenn er meint, dafs „Pomponius mit den Worten ‚*eandem pecuniam ab alio stipulatus*‘ auf die gewählte Stipulationsform (*eandem pecuniam promittis*?³⁾ und die ihr zu Grunde liegende Parteiabsicht hinweise“, so führt das noch nicht zu der von ihm am Ende mit Recht angenommenen kumulativen Wirkung der beiden Stipulationen.

Gemäfs unseren obigen Erwägungen³⁾ glauben wir vielmehr so argumentieren zu sollen: eine Stipulationsform „*eandem pecuniam promittis*?“ ist bei einer Ungleichzeitigkeit der beiden Stipulationen überhaupt undenkbar, da nicht ersichtlich wäre, worauf sich das „*idem*“ beziehen sollte. Die Stipulationsformel könnte also nur lauten: „*eandem pecuniam, quam Titius promisit, promittis*?“: dann würde sie aber regelrecht zu einer Novation leiten. Sollte Binder dieses Ergebnis etwa durch seinen Hinweis auf die „Parteiabsicht“ haben ausschließen wollen, so würde er sich damit auf jene Kompilatorenwege begeben haben, welche aufzudecken er selbst so eifrig bemüht ist. Zweifellos kann aber Pomponius Novation nicht angenommen haben, ansonst er von „*diversarum stipulationum fideiussores*“ nicht hätte reden können. Fällt demnach die Möglichkeit sowohl der Korrealität wie der Novation fort, so kann es sich überhaupt nicht um eine *eadem res* handeln und somit auch „*eadem pecunia*“ keine ausdrückliche und daher rechtlich beachtliche Bezugnahme auf die Stipulationsformel enthalten. Vielmehr liegen tatsächlich *diversae res* vor, wie das durch den Ausdruck „*diversae stipulationes*“ jedenfalls unterstützt wird, und „*eandem pecuniam*“ kann sich lediglich darauf beziehen, dafs wirtschaftlich dieselbe Summe in Frage kommt⁴⁾, in-

1) So z. B. Girtanner a. a. O. Bd. 43 S. 296 Anm. 22, Knoll a. a. O. S. 14; schon in der gemeinrechtlichen Theorie wurden dagegen Bedenken laut: vgl. Fitting, Korrealobligationen S. 89 Anm. 101.

2) A. a. O. S. 17 f.

3) S. oben S. 34 ff.

4) Vgl. über das entsprechende „*idem*“ in Modest. D. 46, 1, 41, 1 u. S. 213 f.

Levy, Sponsio.

dem der Stipulant sie etwa nur einmal als Darlehen gewährt hat und sie daher eigentlich auch nur einmal zurückzuverlangen hätte, so daß also die zweite Stipulation im wirtschaftlichen Sinne eine akzessorische wäre ¹⁾. Indessen ist das strenge Recht nicht in der Lage, diesem Verhältnis Rechnung zu tragen: für den Juristen stehen vielmehr zwei Stipulationen neben einander, deren eine durch die andere in keiner Hinsicht berührt wird: sofern nicht hier außer Betracht zu lassende Regulierungsfaktoren wie das Denegationsrecht des Magistrats oder die *exceptio doli* eingreifen, ist kumulative Litiskontestation und daher kumulative Exekution zulässig. Wenn nun die zu Grunde liegenden prinzipalen Obligationen in keinem Korrealverhältnis zu einander standen, so konnten auch die beiden je für eine Obligation bestellten Fidejussoren keine Confidejussoren sein, „*quia diversarum stipulationum fideiussores sunt*“. Dieser Gedanken- gang ist so natürlich wie möglich. Denn Bürgen für ganz verschiedene Schulden können niemals Mitbürgen sein. Hier uns vorzuwerfen, daß der Mangel der *unitas actus* nicht noch besonders gerügt sei ²⁾, ist gewiß nicht berechtigt: denn der angeführte Grund war zweifellos der wesentlichere und reichte völlig zur Begründung aus.

In dieser Hinsicht kann uns die Stelle auch keine Ausbeute bieten. Wichtig ist sie vielmehr, indem sie zwingend dartut, daß noch für Pomponius, also am Ende der im eminentesten Sinne neuschöpferischen Jurisprudenz die *confideiussores* eine technische praktische Bedeutung gehabt haben müssen: sonst könnte ihn doch nicht *ex professo* die Frage beschäftigt haben, ob gewisse Fidejussoren Confidejussoren seien oder nicht.

1) Darauf war denn auch der Wille der Parteien wahrscheinlich gerichtet; aber er ist völlig irrelevant und die Form allein maßgebend: sie entscheidet, ob Korrealität, Novation oder Kumulation (vgl. oben S. 82 ff.). Eine Solidarität im gemeinrechtlichen Sinne hat daneben keinen Raum: trotzdem lassen sich Bekker, *Aktionen* II S. 313 f. und Unger, *Jherings Jahrb.* Bd. 22 S. 294 von den Kompilatoren zu diesem Resultate verleiten, obwohl Bekker die schweren inneren theoretischen und praktischen Bedenken gegen eine solche Lösung keineswegs verborgen gelassen sind.

2) Girtanner a. a. O. Bd. 43 S. 296.

Nach der Betrachtung dieser beiden Fragmente beginnt die Reihe derer, die in irgend welcher Beziehung auf das beneficium divisionis hinweisen: bald ganz offen, bald versteckt, bald positiv, bald negativ. Mit den beiden Äußerungen Ulpian's in D. 46, 1, 10 pr. und in D. eod. 27, 4 werden wir schnell fertig: nicht nur, weil sie seit Seuffert ¹⁾ ständig hier Erwähnung finden oder weil die letztere Stelle oben bereits ²⁾ erläutert ist, sondern weil sie die Confidejussoren derartig deutlich als des beneficium theilhaftig bezeichnen, daß sie für sich selbst sprechen. Nur auf den Sprachgebrauch der D. 46, 1, 10 pr. sei kurz hingedeutet: zweimal heißt es „confideiussores“ ³⁾, einmal „fideiussores“. Trotzdem konnte ein Mißverständnis nicht besorgt werden; denn Ulpian versetzt uns mitten in die Erörterung des „an fideiussores solvendo sint“: es war also jeder Zweifel, daß es sich um Confidejussoren handelte, ausgeschlossen: sie hier jedesmal als solche zu erwähnen, hätte geradezu die Hand eines ungewandten Schriftstellers verraten. So läßt sich hier einmal evident erkennen, was für die vielen anderen Stellen, an denen die Juristen mit nicht geringerem Rechte von „fideiussores“ reden, nur vermutet werden durfte ⁴⁾.

Um so weiter wird nun auszuholen sein, um die vier noch übrigen Confidejussorenstellen befriedigend zu erklären. Denn einem flüchtigen Blick werden die Paul. D. 2, 14, 23, Ulp. D. eod. 26, Modest. D. 46, 1, 39 und Paul. D. eod. 59 kaum ein tertium comparationis darbieten, jedenfalls aber kein Moment aufweisen, das auf ein Verhältnis zum beneficium divisionis schließen liefse. Die Erläuterung dieser Fragmente sei daher einstweilen zurückgestellt. Sie werden sich später ⁵⁾ ohnehin in den Gang der Darstellung einfügen.

1) Archiv Bd. 6 S. 58 Anm. 2.

2) S. 142 ff.

3) Das zweite Mal scheint es allerdings von Tribonian zu stammen: so Eisele, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 13 S. 181 f.

4) S. oben S. 159.

5) S. u. S. 179 f., 208.

§ 9.

Ein beneficium cedendarum actionum des Fidejussors gegenüber den übrigen Fidejussoren?

Wie die lex Furia nur in Gemeinschaft mit der lex Appuleia einen rechten Einblick in das Verhältnis der mehreren Sponsoren zu einander gewährt, so darf sich auch die Betrachtung der inneren Beziehungen zwischen den Fidejussoren nicht auf die Behandlung des beneficium divisionis beschränken. Es ist vielmehr auch hier ein Augenmerk auf die Frage des Regressrechtes zu richten.

Hatte der das Ganze zahlende Bürge gegen seine Mitbürgen einen Rückgriff oder nicht? Unser Rechtsgefühl verlangt eine strikte Bejahung der Frage, unser B.G.B. hat im § 774 Abs. 2 diesem Rechtsgefühl Rechnung getragen, und das gemeine Recht spricht ebenso allgemein von einem „beneficium cedendarum actionum“¹⁾. Trotzdem glauben wir mit völliger Bestimmtheit behaupten zu dürfen, daß es ein solches beneficium im klassischen Rom niemals gegeben hat²⁾, soweit darunter ein dem Bürgen gewährleistetes subjektives Privatrecht verstanden werden soll, das den Magistrat zur Cessionserzwingung oder zur Einfügung einer zur Cessionserzwingung führenden exceptio verbunden hätte. Was es mit diesem „beneficium“ in Wahrheit auf sich hat, läßt sich vielmehr dahin zusammenfassen, daß der Prätor auf eine entsprechende, für ihn unverbindliche Parteibitte hin sein freies Ermessen walten lassen und sonach

1) Dernburg, Pfandrecht II S. 866, Pandekten II S. 223, Windscheid-Kipp a. a. O. II S. 1106, Brinz a. a. O. II S. 192f., Arndts a. a. O. S. 690ff., Wendt, Pandekten S. 644, Kritz, Pandekten I S. 174, 177f., Girtanner, Bürgschaft S. 538 Anm. 9, Hasenbalg a. a. O. S. 22, 427ff., woselbst S. 437 Anm. 28 weitere Literatur, Goldschmidt a. a. O. Bd. 26 S. 363 Anm. 31, S. 374ff., ebenso aber auch die historischen Darstellungen von Appleton, Revue l. c. p. 543, Geib a. a. O. S. 157, Girard l. c. p. 761, Cuq l. c. II p. 549 n. 7, p. 552.

2) So bereits Savigny, Obligationenrecht I S. 273ff., Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 10 S. 344, Unger ebenda Bd. 22 S. 272f., Binder a. a. O. S. 286 (obwohl im Widerspruch mit seinem Prinzip: s. u. S. 194 Anm. 2).

eine Cession der gegen die Mitbürgen gerichteten Aktionen an den auf das Ganze belangten Bürgen allerdings unter Umständen, aber auch nur dann herbeiführen konnte, wenn dieser Bürge nicht das *beneficium divisionis* hatte. Damit trennen wir uns von der herrschenden Ansicht in zwei wesentlichen Punkten:

1. Die erzwungene Klagencession kann nur in jure erfolgen und beruht überhaupt auf prätorischem Ermessen.
2. Wo ein *beneficium divisionis* möglich ist, gibt es einen Zwang zur Klagencession nicht.

Beide Sätze finden eine kräftige Stütze in den reichhaltigen Quellen.

Aber bevor wir diese einer näheren Betrachtung unterwerfen, bedürfen die Sätze nach einer anderen Richtung noch einer weiteren Einschränkung. Die Cession, gleichviel ob man sie sich als Ausfluß eines *beneficium cedendarum actionum* oder als Folge selbständig geübten prätorischen Zwanges vorstellt, hat doch nur dann einen Zweck, wenn sie dem Cessionar eine *actio* einräumt, welche unabhängig von seiner eigenen Litiscontestation mit dem Cedenten oder von seiner eigenen Leistung fortbesteht. Hingegen würde eine Cession, welcher Litiscontestation oder Leistung unmittelbar folgen, zu einer törichteren Farce, wenn die cedierte *actio* mit der gegen den Cessionar gerichteten zugleich konsumiert würde. Nichtsdestoweniger trat dieser Fall hier, wo Cessionar und *debitores cessi* Fidejussoren für dieselbe Schuld sind, unbedingt ein, solange der Cessionar darauf angewiesen war, „*quasi cognitor aut procurator ex persona*“ des Cedenten¹⁾, also mit dessen *intentio* gegen die *debitores cessi* vorzugehen. Erst als sich ihm mit dem Aufkommen der *actio utilis* die Möglichkeit bot, „*suo nomine*“ zu klagen, wurde die cedierte *actio* von dem Schicksal der gegen ihn zu erhebenden unabhängig, und er hatte von seiner Litiskontestation mit dem Gläubiger oder seiner Leistung an ihn eine Vernichtung der eigenen Regressklagen nicht mehr zu befürchten. So steht und fällt die Existenz einer Klagencession an den be-

1) Vgl. Gai. II 39; die Formel s. bei Gai. IV 86.

langten oder leistenden Bürgen mit der Existenz der utilis actio des Cessionars ¹⁾).

Muß man sich danach das Eindringen dieser Cession als verhältnismäßig spät vorstellen, so wird das durch die Quellen durchaus bestätigt, deren älteste, wie wir sehen werden, aus Papinians Munde uns von solcher Cession berichtet. Allerdings scheint das nach den Ausführungen Bährs ²⁾ und Girards ³⁾, welche die allgemeine Anwendbarkeit der utilis actio erst frühestens von einer im Jahre 260 erlassenen Konstitution der Kaiser Valerian und Gallien ⁴⁾ datieren zu sollen meinen, immer noch viel zu früh, und die Annahme, die cedendae actiones müßten utiles sein, geriete damit ins Wanken. Indessen ist dieser späte Ansatz kaum haltbar. Nach der ganz am Ende der Regierung des Antoninus Pius geschriebenen ⁵⁾ Gai. II 39, welche, wie man strikt aus ihr schließen darf, von einer actio utilis noch nichts weiß, kann es freilich als sicher gelten, daß eine solche actio auf Grund des den besonderen Fall des Erbschaftskaufes treffenden Reskriptes des Antoninus Pius ⁶⁾ ebenso wenig sofort zu allgemeiner Anerkennung gelangt ist wie einst, als das S. C. Trebellianum die spezielle actio utilis des Universalfideikommissars eingeführt hatte ⁷⁾. Aber andererseits wird sich nicht bestreiten

1) Ob nicht vielleicht gerade das Bedürfnis nach derartigen Klagen-cessionen und nach Unschädlichmachung der eintretenden Klagenkonsumtionen mit eine Veranlassung zur Verallgemeinerung der utilis actio war?

2) in Jherings Jahrb. Bd. 1 S. 381 ff., namentlich S. 387 ff.

3) l. c. p. 732.

4) C. 4, 10, 2.

5) da gegenüber dem „divi Pii Antonini“ in Gai. II 195 in II 120, 126, 151^a noch schlechtweg vom „imperator Antoninus“ gesprochen wird, dieser aber hier, wie sich aus Marcell. D. 28, 4, 3 („secundum divi patris mei constitutionem“) ergibt, den Antoninus Pius bezeichnet: so P. Krüger, Gesch. d. Quellen S. 186, Kipp, Gesch. d. Quellen² S. 114; anders noch Mommsen, Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 9 S. 107 Anm. 37.

6) Ulp. D. 2, 14, 16 pr.

7) Gai. II 253. — Auch die von Ulp. D. 27, 3, 1, 13 erwähnte utilis actio des Tutors gegen den Contutor wird allgemein von Antoninus Pius noch nicht gewährt worden sein, da sonst die späteren dort genannten Kaiser zum Eingreifen kaum noch Anlaß gehabt hätten: vgl. auch Binder a. a. O. S. 285.

lassen, daß diese Entwicklung im Anschluß an das Reskript schon im Laufe der unmittelbar folgenden Jahrzehnte vor sich ging: darauf weist nicht nur die in ihrem wesentlichen Inhalt von Bähr zweifellos mit Unrecht verdächtigte Ulp. D. 3, 3, 55 ¹⁾ mit ihrem „suo nomine utiles actiones habet“ so klar wie möglich hin: auch das „saepe rescriptum est“ der C. 4, 10, 2 spricht deutlich genug, und schieflich werden zur Bestätigung dessen auch die von Bähr in eine Sonderstellung verstofsenen Fragmente Ulp. D. 20, 1, 20, Paul. D. 13, 7, 18 pr. und C. 8, 16, 4 (a. 225) herangezogen werden müssen, da es vom Standpunkte juristischer Systematik aus nicht recht begreiflich wäre, wie sich die gar nicht einfach zu konstruierende actio utilis des Pfandgläubigers einer Forderung ausgebildet haben soll, ehe der wirkliche Cessionar sie für sich in Anspruch nehmen durfte. Keineswegs wird dieses Ergebnis durch C. 8, 41, 3 pr. (a. 239) berührt, da diese Stelle lediglich einen Fall der alten, natürlich fortbestehenden ²⁾ actio mandata betrifft ³⁾ und um so weniger gegen die actio utilis zeugen kann, als sich damit das „saepe rescriptum est“ der von 260 datierten C. 4, 10, 2 kaum vereinigen ließe ⁴⁾ und dann mit gleichem Rechte aus C. 4, 10, 6 gefolgert werden müßte, daß auch Diokletian (a. 293) das „suo nomine agere“ des Cessionars noch unbekannt gewesen sei.

1) Insbesondere der hier maßgebende Schlufssatz macht einen vollkommen klassischen Eindruck: auch Lenel, Pal¹ II S. 797 beanstandet ihn nicht, sondern scheint ihn positiv für echt zu halten, da er die ganze Stelle von dem Cognitor versteht. Girard l. c. p. 732 n. 1 will sie auch nicht ohne weiteres interpoliert nennen, beseitigt sie aber dadurch, daß er in ihr den besonderen Fall des widerrufenen Mandates in rem suam behandelt sieht: eine Behauptung, für die die Stelle nicht den mindesten Anhaltspunkt bietet.

2) Vgl. z. B. C. 4, 39, 8 (Diocl.).

3) Das „ac propterea actiones apud te remanserunt“ behielt auch gegenüber der actio utilis seine Richtigkeit, da der Cedent ja ipso iure Gläubiger blieb und seine actio (directa) nur durch exceptio doli abgewehrt werden konnte: Ulp. D. 2, 14, 16 pr.; vgl. Paul. D. 13, 7, 18 pr.: s. auch H. Krüger, Exceptio doli S. 124 f.

4) Vgl. auch C. 4, 10, 1 von a. 242, die aber Girard l. c. 732 n. 1 vielleicht nicht mit Unrecht auf den besonderen Fall des Todes des Mandanten-Cedenten bezieht.

Es liegt uns nun ob, die an die Spitze gestellten Leitsätze über das sogenannte *beneficium cedendarum actionum* an der Hand der Quellen zu prüfen.

Beginnen wir mit Gaius, dessen Bericht stets als die willkommenste Grundlage zu begrüßen ist. In III 122 läßt er sich über das Verhältnis der mehreren Bürgen zu einander mit erfreulicher Deutlichkeit aus. Er redet hier von der die Klage gegen die übrigen Sponsoren und Fidepromissores statuierenden *lex Appuleia* und fragt, ob sie auch nach Einführung der die Teilhaftung der Sponsoren und Fidepromissores begründenden ¹⁾ *lex Furia* noch Geltung habe: soweit nun die *lex Furia* nicht anwendbar ist (nämlich bezüglich außerhalb Italiens eingegangener Sponsionen ²⁾), bejaht er die Frage unbedenklich. Für sponsiones „*Italicae*“ aber lautet die Antwort: „*valde quaeritur*“. Der Grund kann doch wohl nur darin liegen, daß neben einer *ipso iure* eintretenden *divisio* das nur im Innenverhältnis unter den Sponsoren wirksame *Regrefsrecht* gegenstandslos werden muß. Das dürfte ohne weiteres klar sein: denn wenn einer von zwei Bürgen nur zu $\frac{1}{2}$ verpflichtet ist, dann braucht er doch kein *Regrefsrecht*, das in solidarischer Verpflichtung seine Grundlage hat. Nimmt er trotzdem das Ganze auf sich, so tut er etwas Freiwilliges, und er kann sich jedenfalls nicht auf die *lex Appuleia* berufen, welche auf der Voraussetzung beruht, daß der Sponsor für die ganze Schuld haftet („*quo tempore in solidum obligabantur. Unde . . .*“). Denn die Leistung der anderen Hälfte ist zivilrechtlich ein schlechthin selbständiges Geschäft (etwa Schenkung, Ausführung eines *Mandates*, *negotiorum gestio*), hat also mit Bürgschaftsrecht unmittelbar gar nichts zu tun ³⁾. So ist denn die eine *lex* mit der anderen geradezu unvereinbar, und Gaius spricht es durch seinen Zweifel ⁴⁾ deutlich genug

1) Vgl. darüber oben S. 71 Anm. 1.

2) Vgl. oben S. 63 Anm. 6, S. 95 f.

3) In welcher Weise dann hier der Prätor eingriff, darüber s. u. S. 192 ff.

4) Daß Gaius zweifelt, statt eine bestimmte Antwort zu geben, kann nicht durch Huschkes (Gaius S. 88) und Karlowas (a. a. O. II S. 784) oben S. 71 Anm. 1 widerlegte Ansicht erklärt werden. Uns scheint folgende Lösung möglich: die *lex Furia* hob die *lex Appuleia* nicht auf, und

aus, daß nur, soweit das Teilhaftungsrecht der *lex Furia* nicht Platz greift, das Regressrecht der *lex Appuleia* seine Geltung behält ¹⁾).

Ganz ebenso lagen die Verhältnisse bei der Fidejussio nun allerdings nicht, als die *epistula divi Hadriani* in Kraft trat. Denn diese rührte ja gar nicht an die Solidarhaftung des einen von mehreren Fidejussoren ²⁾), sondern machte dessen Teilhaftung von einer selbständigen Geltendmachung in jure abhängig: unterliefs er diese, so trug die Leistung doch nur den Charakter der Schulderrückzahlung, nie den eines besonderen Geschäftes, und er blieb bezüglich des einen Teiles ebensowohl Bürge wie bezüglich des anderen. Ein notwendig auf solidarischer Verpflichtung beruhendes Regressrecht war daher hier prinzipiell wohl möglich. Indessen wurde diese Möglichkeit durch eine *Ratio* abgeschnitten, welcher Gaius ganz unzweideutig Ausdruck gibt: „*si creditor ab uno totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit*“ (es ist sein eigener Schade), „*et sibi imputare debet, cum potuerit adiuvari ex epistula divi Hadriani et desiderare, ut pro parte in se detur actio*“ fahren die *Inst.* 3, 20, 4 fort: teilweise zwar in etwas kompilatorischem Jargon ³⁾), aber völlig in Gaius' Sinne, über dem sie ihre eigene, wie bald zu zeigen, entgegengesetzte Anschauung einfach vergessen haben. Damit ist die Unvereinbar-

zwar weil man dem Sponsor damals immer nur neue Rechte schaffen, aber keinesfalls eines nehmen wollte: nach strenger Auslegung mußte daher die Frage nach dem *superesse* des *beneficium legis Appuleiae* bejaht werden. Andererseits ergaben sich aber wieder Bedenken aus der inneren Struktur der beiden *leges*: beides zusammen führte zu einem Nein, welches in dem „*valde quaeritur*“ zu seinem angemessenen Ausdruck kam; s. ferner auch Ch. Appleton, *Zeitschr. d. Sav.-St.* Bd. 26 p. 12 *suiv.*

1) Recht plausibel vermuten Huschke, Gaius S. 79f., Rudorff, Vormundschaftsrecht III S. 142, Hasenbalg a. a. O. S. 469, Knoll a. a. O. S. 6, daß die *epistula Hadriani* wohl diesen durch die *lex Furia* nicht getroffenen Sponsoren und Fidepromissoren auch ein Teilhaftungsrecht gewährt habe: das würde jedenfalls mit der aus C. 4, 18, 3 und D. 27, 7, 7 ersichtlichen *Ratio* gut zusammenstimmen (s. oben S. 146 ff.) und scheint in Gai. III 121a geradezu ausgesprochen zu sein.

2) Ausdrücklich in Gai. D. 46, 1, 26; vgl. ferner Papin. D. eod. 49, 1.

3) Vgl. das „*sibi imputare*“ (s. oben S. 93 Anm. 1). Die gesperrt gedruckten Wörter sind wieder unmittelbar aus Gaius abgeschrieben.

keit der beiden „Beneficien“ so schlagend wie möglich dargetan: wer von dem viel wirkungsvolleren *beneficium divisionis* keinen Gebrauch machen will, der hat sich die Rücksicht des Rechtes verschert und kann einen weiteren Schutz nicht mehr beanspruchen.

Nun war doch aber der Geltungsbereich des *beneficium divisionis*, von dessen Zuständigkeit das eben gewonnene Ergebnis ausgeht, keineswegs ein unbeschränkter, bestand es doch nur für *confideiussores* oder, wenn das nicht glaubhaft ist, doch jedenfalls nur, soweit die *Fidejussoren* zur Zeit der *litis contestatio* zahlungsfähig waren ¹⁾. Anderenfalls war der Bürge zur vollen Leistung gezwungen. Sollte man ihn nun nicht nach irgend einer Richtung hin schadlos halten? Am nächsten hätte es gelegen, ihm ein *Regreßrecht* gegen die übrigen Bürgen einzuräumen. Denn an sich war ein solches nicht vorhanden: hatten sich die *Fidejussoren* nämlich getrennt verpflichtet, so waren sie durch keinerlei Rechtsverhältnis mit einander verbunden, und es fehlte jegliche Grundlage zu einem *Regreßanspruch*. Aber auch den *Confidejussoren* ermangelte er, da er aus der sie auszeichnenden „*quaedam societas*“ noch keineswegs ohne weiteres erwuchs ²⁾.

Nichtsdestoweniger hat man offensichtlich ein allgemeines derartiges *Regreßrecht* in jeder Form verschmäht. Zunächst hat es freilich den Anschein, als hätten formelle Hindernisse seine Entstehung gehindert. Man könnte sich vorstellen, die klassische Jurisprudenz habe die Gewährung einer *actio in factum* an den belangten Bürgen in der Erwägung abgelehnt, daß dieser nach dem Wesen der Sache und dem Prinzip der Ökonomie des Rechtes ³⁾ nicht neue Aktionen originär er-

1) Weitere Lücken zeigt Goldschmidt a. a. O. Bd. 26 S. 375 ff. auf, dessen Beispiele aber für das klassische Recht nicht durchweg zutreffen.

2) Vgl. gegen Savigny, *Obligationenrecht* I S. 226 ff.: z. B. Vangerow, *Pandekten* ³ III S. 74 ff., Windscheid-Kipp a. a. O. II S. 206 Anm. 2, Brinz a. a. O. II S. 89, Dernburg a. a. O. II S. 203 Anm. 19, Jhering a. a. O. Bd. 10 S. 344 f., Unger a. a. O. Bd. 22 S. 271 f., Pernice, *Zeitschr. d. Sav.-St.* Bd. 19 S. 177, Binder a. a. O. S. 280 ff.

3) Jhering, *Geist d. r. R.* ⁴ III 1 S. 242 ff., 258.

halten dürfte, sondern dafs vielmehr die alten, bisher dem Gläubiger zustehenden Klagen mit all den gegen sie streitenden Exceptionen und sonstigen Mängeln, aber auch ihren Vorzügen auf ihn übergehen müßten, ansonst man die Verpflichtung des einzelnen Bürgen in unangemessener Weise umgestaltet hätte. Es ist weiter richtig, dafs der so gewiesene Weg des *beneficium cedendarum actionum* zur Zeit der *epistula* noch ungangbar war, da die Identität der Intentionen der ursprünglichen und der mandierten *actio* jede Cession illusorisch gemacht hätte. Was stand aber der Beschreitung dieses Weges entgegen, als nun im letzten Drittel des zweiten Jahrhunderts mit dem Aufkommen der *actio utilis* des Cessionars eine Cession an den Fidejussor ermöglicht war? ¹⁾ Allerdings gingen auch dann noch mit dem Augenblicke, in dem der eine Fidejussor das *iudicium accipiente*, wofern dasselbe legitimum war, all die Klagen gegen die übrigen Bürgen, mochten sie nun *confideiussores* sein oder nicht ²⁾, *ipso iure* unter, und wie sollte abgetreten werden, was es nicht mehr gab? Doch wäre es in derselben Weise gelungen, dieser Schwierigkeit in allen Fällen zu begegnen, wie man sie in einigen besonderen Fällen und bei freiwilliger Cession tatsächlich umgangen hat ³⁾: man hätte nur darauf bedacht sein müssen, die Cession vor den zerstörenden Moment, vor die *litis contestatio* zu legen und ihre Handhabung infolgedessen dem Verfahren *in iure*, dem Prätor anheimzustellen. Denn da das Ermessen des Magistrats jetzt, nachdem die Entwicklung des *Albums* zum Abschlufs gekommen war, mit in erster Linie von der Rechtswissenschaft bestimmt wurde, so hätte diese nur im Sinne eines *beneficium cedendarum actionum* zu wirken brauchen, und ein subjektives Recht des Bürgen auf Cession wäre anerkannt gewesen.

So machen es ja auch Stellen wie C. 8, 40, 10, 1 („*ex ordine*“), Paul. sent. I 20 („*ex edicto praetoris*“) und Ulp. D. 46, 1, 10 pr., die sich vollständig *in iure* abspielt, ganz zweifellos, dafs das *beneficium divisionis* ebenfalls in der Regel bereits

1) S. oben S. 165 ff.

2) S. oben S. 110 f.

3) Darüber das Folgende.

vor dem Magistrat seine Erledigung fand. Allein gerade in diesem Verfahren in iure offenbart sich der grofse Unterschied. Durch die *epistula Hadriani* war der Prätor ausdrücklich angewiesen, einem Teilungsantrag des Bürgen zu entsprechen; leistete er ihm aber nicht Folge, etwa weil eine Einigung über die Tatfrage der Solvenz in iure nicht erzielt wurde, so konnte sich der Bürge, wie aus Paul. D. 46, 1, 28 hervor- geht, durch Einfügung einer *exceptio* Berücksichtigung geradezu erzwingen: ein starkes Schutzmittel, das das Verhalten des Gläubigers auch schon in iure beeinflusst haben wird, da es ihm, wenn die Beweisaufnahme vor dem Judex gegen ihn entschied, neben der Konsumtion der übrigen Aktionen auch noch den gänzlichen Verlust des Prozesses selbst eintrug¹⁾: nichts kennzeichnet die Natur des *beneficium divisionis* als eines wirklichen Rechtes des Bürgen besser als diese *exceptio*²⁾. Ein *beneficium cedendarum actionum* allgemein zu gewähren, ver- anlafsten den Prätor hingegen keine *epistulae* und keine *responsa*: es kam vielmehr lediglich darauf an, ob der Prätor es im kon- kreten Falle für richtig hielt, dem Kläger nur dann eine Formel zu geben, wenn er seine Klagen gegen die übrigen Bürgen dem zu belangenden abträte. In diesem Falle war der Bürge aller-

1) Vgl. über diese Frage vorzüglich Keller a. a. O. S. 568 ff., ferner Lenel, Edikt 1. Aufl. S. 171, 2. Aufl. I p. 248, Dernburg a. a. O. II S. 222 Anm. 9, Goldschmidt a. a. O. S. 369 Anm. 86, Geib a. a. O. S. 15 f., Girard l. c. p. 757 n. 2; ausführlich neuerdings Sokolowski, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 11 S. 278 ff., der jedoch S. 295 ff. darin von Keller abweicht, dafs er auch im Falle der *exceptio divisionis* keine Klagenkonsum- tion annimmt: aber seine Argumente entstammen im Grunde Billigkeits- erwägungen und nicht dem strikten klassischen Prozefsrecht. Wenn der Gläubiger sich dem nicht aussetzen wollte, dann mochte er eben *actionem dividere*. — Brinz a. a. O. II S. 191 Anm. 13 ist sich zwar der strikten Natur der römischen *Exceptio* wohl bewufst, glaubt aber aus dem „*ante condemnationem*“ der C. 8, 40, 10, 1 folgern zu dürfen, dafs zu deren Zeit die *exceptio divisionis* nur noch minuiierend wirkte. Indessen sind jene Worte gerade interpoliert: s. oben S. 145 Anm. 1.

2) Wenn Cuius l. c. II p. 551 die Einfügung der *exceptio* von der Be- dingung abhängig macht, dafs der Fidejussor sich zu einer *cautio* im Sinne der Ulp. D. 46, 1, 10 pr. er bietet und dafs der Gläubiger dieses Erbieten ablehnt, so findet das in den Quellen nicht die mindeste Grundlage.

dings gesichert, und das Verfahren brauchte dann, falls der Bürge nun das Ganze leistete, gar nicht erst zur *litis contestatio* geführt zu werden. Anderenfalls aber blieb er völlig rechtlos: er hatte keine Regrefsmöglichkeit. Unter diesen Umständen von einem wirklichen, festen *Beneficium* des Fidejussors zu sprechen, ist danach durchaus unberechtigt.

Eine weitere Bestätigung und Ergänzung gewinnen unsere beiden Leitsätze in der *quaestio* Papinians, die in D. 46, 6, 12 überliefert ist. Ihr ist in ihrem ganzen Gedankengang ein um so größeres Gewicht beizumessen, als sie, wie wir nach Prüfung aller in Betracht zu ziehenden Stellen bemerken werden, überhaupt die einzige ist, welche positiv das gewährt, was man bisher ein *beneficium cedendarum actionum* des Fidejussors genannt hat. Desto unbegreiflicher ist es, daß man sich um den genaueren Inhalt dieses einzigen Beweisstückes gar so wenig gekümmert hat ¹⁾. Der erste Satz:

„*Si plures fideiussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem ita, ut ei, qui conveniretur, actiones praestarentur*“

bringt Tatbestand und Entscheidung, aber eine Entscheidung, an der wir den Klassiker sofort erkennen: er berichtet nicht schlechthin von einem Recht des Fidejussors auf Klageabtretung, vielmehr tritt das Verfahren, wie es zur Cession kommen soll, deutlich hervor. Unsere Erwartung wird vollauf gerechtfertigt: der Prätor soll die *datio formulae* von der Cession abhängig machen: wenn also *lis* kontestiert wird, dann hat der Mündel gegen die übrigen Fidejussoren gar keine Klagen mehr, die einer Konsumierung unterliegen könnten. Merkwürdigerweise klappt nun dieser sachlich so präzise Satz sprachlich in zwei Teile aus einander, indem der einleitende Konditionalsatz in direkter, das übrige aber in indirekter Rede steht. Eine Erklärung wird diese Erscheinung wohl nur darin finden können, daß nach dem Bedingungssatze einige Worte (insbesondere das regierende Verbum) von den Kompilatoren gestrichen sind.

1) Auch Binder a. a. O. S. 340 Anm. 85 weist auf ihren Widerspruch mit anderen Stellen wie Mod. D. 46, 1, 39 und C. 8, 40, 11 pr. hin, ohne ihn jedoch aufzuklären.

Vermutet man gewöhnlich in derartigen Lücken Zitate aus älteren Juristen, so dürfte diese Annahme hier weniger empfehlenswert und eher an ein ausgelassenes „Papinianus ait“ zu denken sein. Denn da das Fragment, als aus den Quaestionen stammend, im letzten Jahrzehnt des zweiten Jahrhunderts geschrieben ist ¹⁾, andererseits aber die Existenz der utilis actio des Cessionars voraussetzt, welche damals nach dem oben ²⁾ Gesagten notwendig eine noch neue Errungenschaft war, so ist der Kreis der Juristen, auf die die Worte der indirekten Rede zurückgehen könnten, von vornherein ein sehr beschränkter. Dazu kommt die fast auffällige Form der materiellrechtlichen Begründung, die auch für unsere Hauptfrage von großer Bedeutung ist: sie beginnt mit Worten, welche die gemeine Meinung längst hätten stutzig machen sollen: „nec quisquam putaverit ab iure discessum . . .“. Papinian, der letzte der hervorragend schöpferisch wirkenden Klassiker, glaubt sich bei der Statuierung einer solchen Cessionserzwingung noch gegen den schweren Vorwurf verteidigen zu müssen, daß damit „ab iure discessum“ sei: das ruft doch wahrhaftig eher den Eindruck hervor, daß er vorsichtig einer neuen Idee das Wort rede, als daß er lediglich die Anwendung eines längst bewährten und geübten Gebrauches befürworte.

Mit dieser Art, wie Papinian seinem Vorschlage gegenübertritt, ist die Annahme eines allgemeinen beneficium cedendarum actionum für das klassische Recht schlechthin unvereinbar: und wir hätten daran schon Beweises genug. Aber die neue Ansicht Papinians heischt eingehendere Begründung. Zwei Gesichtspunkte führt die Stelle zu diesem Zwecke an. Der erste freilich nimmt sich äußerst „merkwürdig“ ³⁾ aus und ist kaum mit Unrecht von Binder ⁴⁾ auf das Konto der Kompilatoren gesetzt worden. Denn der von den Tutoren handelnde Teil der Stelle ist durchaus unklar. Zunächst sein

1) nämlich während der Alleinherrschaft des Septimius Severus (193 bis 198): P. Krüger, *Gesch. d. Quellen* S. 198.

2) S. 165 ff.

3) Glück a. a. O. Bd. 30 S. 364, Bd. 32 S. 392.

4) A. a. O. S. 340 f.

Inhalt selbst: soll den Tutoren damit, wie das ausdrücklich gesagt wird, ein von einem *beneficium divisionis* abweichendes Teilungsrecht zugestanden werden, bei dem die einzelnen Teile durch die Verwaltungsbezirke der Tutoren bestimmt werden, so steht dieses Recht ganz allein ¹⁾. Ist es dagegen mit dem *beneficium divisionis* der Ulp. D. 27, 3, 1, 11 zu identifizieren ²⁾, so ist der Satz wie alle, welche ein solches *beneficium* statuieren ³⁾, aus diesem Grunde Tribonian zuzuschreiben. Aber selbst wenn man daran keinen Anstoß nehmen wollte, so paßt die Berufung auf dieses Teilungsrecht so schlecht wie möglich in den Zusammenhang. Der Fortfall des Teilungsrechtes der Fidejussoren kann doch nimmermehr durch den Hinweis auf die Existenz eines solchen bei den Tutoren gestützt werden. — Um so plausibler ist nun der in dem Schlusssatz angeführte Grund. Deshalb sei — meint Papinian hier — nicht *ab iure discessum* ⁴⁾, weil im vorliegenden Falle in *favorem pupilli* das „*beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est*“: und die Art dieser Ausführung läßt nicht den mindesten Zweifel darüber, daß man, wenn dieses *beneficium* nicht versagt hätte, niemals auf die Klagencession verfallen wäre. So erfährt der Standpunkt des Gaius, den wir zu dem unseren gemacht, eine einwandfreie Bestätigung von der letzten großen Autorität der klassischen Periode.

Ein drittes höchst beachtenswertes Glied zu dieser Beweiskette fügt die oben ⁵⁾ wiedergegebene C. 8, 40, 11 pr. des Alexander Severus aus dem Jahre 229. Da, wie bereits gezeigt, die technische Bedeutung des „*una*“ nicht zu bestreiten ist und sich weiter nicht leugnen läßt, daß gerade auf dem „*una*“ der Hauptton des Satzes liegt, so sagt das Reskript nicht mehr

1) Derselbe Teilungsmodus findet sich zwar in der gleichfalls interpolierten (s. Binder a. a. O. S. 295 f.) Papin. D. 26, 7, 38 pr. angedeutet.

2) So Glück a. a. O. Bd. 30 S. 364, Rudorff a. a. O. III S. 30 Anm. 1, Helmolt a. a. O. S. 78 Anm. 7.

3) Vgl. Eisele, Arch. f. d. z. Pr. Bd. 77 S. 457 Anm. 75 und ausführlich Binder a. a. O. S. 284 f., 294 ff.

4) Diese Worte bereits zu verdächtigen, liegt nicht der geringste Anlaß vor.

5) S. 145.

und nicht weniger als: wenn einer von zwei Fidejussoren die Schuld in voller Höhe erfüllt, so steht ihm eine actio ¹⁾ gegen den gleichzeitig verpflichteten Fidejussor nicht zu: gegen den nicht gleichzeitig verpflichteten würde ihm eine solche, wie man ohne große Kühnheit a contrario schliessen darf, also „zustehen“ können. Hier wird man nun, wenn man die eben betrachteten Erörterungen von Gaius und Papinian in Erwägung zieht, kaum zweifeln dürfen, wo man den Grund dieser Entscheidung zu suchen hat: er kann wie dort so auch hier nur in der Anwendbarkeit des beneficium divisionis gelegen sein. Wo dieses Platz greift, findet keine Klagencession statt: dies und nichts anderes kann durch das „una“ zum Ausdruck gekommen sein: dann aber liefert die Stelle geradezu klassischen Beweis dafür, daß nur gleichzeitig verpflichtete Bürgen das beneficium divisionis haben. Und somit dürfen wir den oben ²⁾ aufgestellten Grundsatz von dem Verhältnis zwischen dem beneficium divisionis und dem sog. beneficium cedendarum actionum unter Benutzung des für das beneficium divisionis gewonnenen und in dieser Stelle bestätigten Ergebnisses also ausbauen:

- a) Confidejussoren (d. h. uno actu verpflichteten Fidejussoren) kommt eine vom Prätor erzwungene Klagencession nur zugute, wenn ihnen aus besonderen Gründen das beneficium divisionis versagt wird (Beispiel: D. 46, 6, 12).
- b) Getrennt verpflichteten Fidejussoren kann unter Umständen nach Ermessen des Prätors durch Klagencession geholfen werden, da ihnen das beneficium divisionis nicht zusteht (arg. a contr. C. 8, 40, 11 pr.).

Mit gutem Grunde wird man im letzten Satze die Cession nur als unter Umständen möglich behaupten dürfen, soweit damit angedeutet werden kann, daß das Ermessen des Prätors sich keineswegs auf die Prüfung der Tatsache beschränkt, ob er es mit Confidejussoren zu tun hat oder nicht. Vielmehr wird er,

1) Girtanner a. a. O. S. 538 Anm. 9 will dem Bürgen ohne Grund nur die actiones mandati und negotiorum gestorum abgesprochen wissen: vgl. dagegen u. S. 180 Anm. 1.

2) S. 165.

auch wenn es feststeht, daß die Verbürgung nicht *uno actu* geschah, doch seine Kognition in vollem Umfange walten lassen können, da eben in keinem Falle ein durch Senatuskonsult, Reskript oder Edikt verbrieftes oder durch die Praxis eingebürgertes Recht der Partei auf Cession vorlag, ein solches vielmehr noch am Ende der klassischen Zeit als etwas Aufsergewöhnliches empfunden wurde. Dem widerspricht natürlich in keiner Weise der Ausdruck „*competit*“ des Reskripts, der der Vermutung Raum geben könnte, daß in den Fällen, in denen „*non una*“ fidejubierte worden, eine *actio* geradezu von Rechts wegen zustände. Ein hierauf gegründeter Einwurf wäre leicht zu entkräften: denn zunächst wird gerade „*actio competit*“ selbst von den späteren Klassikern der Digesten zu unzähligen Malen in einem Sinne verwendet, der mit dem strengen Sprachgebrauch der *gajanischen Institutionen* ¹⁾ nicht mehr zu vereinigen ist ²⁾, und so wird es auch hier ganz unzweifelhaft untechnisch gebraucht; vor allem aber legen die Reskripte lange nicht mehr so wie die Klassiker den Wert auf das *Wie* d. h. auf das prozessuale Moment, sondern sie begnügen sich mit dem materiellrechtlichen Substrat, dem *Ob*: wie daher „*competit*“ in jedem Falle hier gleich „*datur*“ sein muß, da es sich um ein ziviles Recht keineswegs handelt, so kann es auch ohne Bedenken in dem weiteren Sinne von „*datur*“ aufgefaßt werden, der das diskretionäre Ermessen des Magistrats zum Ausdruck bringt.

Dieses Ergebnis, daß es kein schlechthin zustehendes *beneficium cedendarum actionum* gibt, sondern alles in das Befinden des Prätors gestellt ist, stimmt aber auch allein zu unseren obigen ³⁾ prinzipiellen Ausführungen. Denn wenn zwischen nicht gleichzeitig verpflichteten Bürgen keinerlei Rechtsverhältnis besteht, so kann ein *Regrefsrecht* eines gegen den anderen ebenso

1) IV 112, II 253 u. a.

2) wenn auch viele der hierher gehörigen Stellen den Kompilatoren zuzurechnen sind: vgl. P. Krüger, Geschichte der Quellen S. 332 Anm. 44, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 16 S. 1 ff. Die obige Ausführung würde übrigens gar nicht berührt, wenn sich die Interpolierung auch unseres „*competit*“ nachweisen ließe.

3) S. 68 ff., 108 ff., 155 f.

Levy, Sponsio.

wenig möglich sein wie ein *beneficium divisionis*. Hingegen wird das auch von uns anerkannte Recht des Prätors, in diesem Falle unter Umständen eine entsprechende Cession zu erzwingen, durch jene Sätze selbstverständlich nicht berührt, da es seine Grundlage nicht in dem Verhältnis der Bürgen zu einander findet, sondern lediglich in der allgemeinen *aequitas*, welche das pflichtgemäße Ermessen des Beamten unter Mitwirkung der Rechtswissenschaft bestimmt. — So hat uns die Codexstelle einen guten Schritt vorwärts gebracht, und es verbleibt uns nur, die gewonnenen Resultate an der Hand des übrigen Materials zu festigen und sicher zu stellen.

Zunächst ist Paul. D. 2, 14, 23 durchaus geeignet, sie zu bestätigen. Hier wird dargelegt, daß das mit einem *Confidejussor* abgeschlossene *pactum de non petendo* den übrigen *Confidejussoren* ebenso wenig zustatten komme wie der einem *Fidejussor* gewährte Erlaß dem *Reus* selbst, und wie dies schon durch den Satz begründet wird: „*quia nihil eius interest a debitore pecuniam non peti*“, so führt Paulus diesen Grund seiner Entscheidung am Schlusse ganz prinzipiell und eingehend aus: „*neque enim quoquo modo cuiusque interest, cum alii conventio facta prodest, sed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est proficiat: sicut in reo promittendi et his qui pro reo obligati sunt*“. Dasselbe kleidet er kurz vorher (D. eod. 21, 5) in die Worte: „*et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse eius, qui paciscebatur, interfuit*“¹⁾: also nur dann kann aus einem solchen *Pactum* ein Dritter Rechte für sich herleiten, wenn das notwendig ist, um den Paziszenten selbst wirklich endgültig zu befreien, d. h., wie nicht bestritten wird²⁾, wenn anderenfalls der Paziszent dem Dritten *regresspflichtig* wäre. Deswegen, sagt nun Paulus, wird der Bürge durch *Pactum* des *Reus* befreit³⁾, dagegen nicht der *Reus* durch *Pactum* des

1) Vgl. auch Paul. D. eod. 32.

2) z. B. Vangerow a. a. O. III S. 94f., Dernburg a. a. O. II S. 201f., H. Krüger, Z. L. v. d. *exceptio doli* S. 129f., Binder a. a. O. S. 184ff., woselbst weitere Literatur.

3) Hierzu Quellennachweise bei Geib a. a. O. S. 107 Anm. 1.

Bürgen oder der eine Confidejussor durch Pactum des anderen: demnach ergibt sich, daß in ersterem Falle ein Regrefsrecht besteht, in den beiden letzteren, also auch im Fall der Confidejussoren dagegen nicht.

Damit betont Paulus aber genau, was wir behauptet haben: ein Regrefsrecht in irgend welcher Form gibt es zwischen Fidejussoren nicht. Vor allem bemerkenswert ist aber das Hervorheben der „confideiussores“. Gerade ihnen ist der Regrefs ja unter allen Umständen versagt: nicht einmal der Prätor wird sein Ermessen walten lassen; er hat sie vielmehr auf das *beneficium divisionis* zu verweisen: auf sie paßt somit das Ergebnis des Paulus in einem ganz besonders prägnanten Sinne. Man wird daher nicht wohl leugnen können, daß die Confidejussoren hier so technisch wie möglich die *uno actu* verpflichteten und daher des *beneficium divisionis* teilhaftigen Bürgen bezeichnen sollen, und so ist auch bezüglich dieser Stelle die unmittelbare Beziehung der Confidejussoren auf das *beneficium divisionis* dargetan. Damit scheidet aber zugleich auch das kurze Ulpianfragment D. 2, 14, 26 aus der oben S. 163 offen gelassenen Lücke aus, weil es ohne Frage in ganz denselben Gedankengang hineingehört, wie die auch hier vorangehende entsprechende Erörterung der Wirksamkeit des Pactums des Fidejussors für den Reus zur Evidenz klar macht.

Ganz in der gleichen Weise ergibt sich die dargelegte spezifische Bedeutung des „confideiussor“ in der Modest. D. 46, 1, 39, wo er sogar zweimal begegnet. Diese Stelle bestätigt die Ergebnisse der eben erläuterten allerdings erst, wenn sie von den kompilatorischen Schlacken gereinigt ist, die ihr zweifellos anhaften, da sie in dem überlieferten Zustande nicht widerspruchsfrei zu erklären ist.

„Ut fideiussor adversus confideiussorem suum agat, danda actio non est. Ideoque si ex duobus fideiussoribus eiusdem quantitatis cum alter electus a creditore totum exsolvet nec ei cessae sint actiones, alter nec a creditore nec a confideiussore convenietur.“

Stünde freilich der erste Satz allein da, so hätten wir eine Vervollständigung unseres Bildes, wie wir sie nicht besser wünschen

könnten: denn wenn die C. 8, 40, 11 pr. in ihrem spätklassischen Wortlaut noch irgend etwas unklar gelassen hatte, so tritt uns hier derselbe Inhalt in korrektester Form entgegen. An Stelle des zu bemängelnden „non competit“ heisst es „danda non est“; der Sinn der Sätze entspricht sich aber in jeder Beziehung: lag dort der Ton auf dem „qui una fideiussit“, so liegt er hier auf dem „confideiussorem“, und wenn eine rein logische Schlussfolgerung gestattet wäre, so dürfte man schon aus dieser Gegenüberstellung das Resultat ableiten, dass confideiussor = qui una fideiussit sein mufs. Es erhellt aber überhaupt aus den ganzen bisherigen Erörterungen, dass diesem Satze ein anderer Sinn mit Erfolg nicht untergelegt werden kann. Und da schliesslich auch der die Beweislast hätte, der wider uns behaupten wollte, dass die derselben Zeit angehörenden Fragmente Verschiedenes zu bedeuten hätten, so dürfen wir alle aus C. 8, 40, 11 pr. gezogenen Schlüsse als auch von D. 46, 1, 39 ausgesagt übernehmen.

Allerdings folgt nun aber ein zweiter Satz, der geradezu das Gegenteil zu enthalten scheint, indem er offen von einer Cession redet: und so hat man ihn denn auch zu einem wichtigen Argument gestempelt und den Widerspruch dadurch beseitigt, dass man in der verweigerten actio nur eine besondere, neue actio wie etwa die a° negotiorum gestorum oder die a° mandati zu erkennen glaubte, nicht aber die abgetretenen Klagen des Creditors gegen die übrigen Fidejussoren¹⁾. Allein: der erste Satz ist so allgemein gefasst wie möglich: „eine actio ist nicht zu geben“ heisst es; alles andere wird hineingelesen, um es wieder herauszulesen. Ausserdem wäre es eine große Weisheit, der sich Modestin in diesem Falle schuldig gemacht hätte: zwischen Confidejussoren aus deren Korrealität oder Quasisocietät ein Mandats- oder Gestionsverhältnis zu konstruieren, wäre etwas kühn. Nirgends begegnet in den Quellen

1) Girtanner a. a. O. S. 538 Anm. 9. Brinz a. a. O. II S. 193 und Geib a. a. O. S. 157 gleichen die beiden Sätze in der Weise aus, dass sie dem Fidejussor ein nur „retentionsweise, nicht klageweise“ durchzusetzendes Cessionsrecht geben. Aber auch ein solches besteht nicht: s. oben.

ein solcher Gedanke ¹⁾, und er hätte daher auch keiner ausdrücklichen Zurückweisung bedurft. Die Bemerkung ist vielmehr am besten im Hinblick auf die *lex Appuleia* zu denken, der gegenüber betont wird, daß es eine entsprechende *actio* im Fidejussorenrechte nicht gibt ²⁾. — Da somit eine solche Lösung des Widerspruches scheitert, so ist auf anderen Ausweg zu sinnen: und da zeigt sich denn zunächst, daß ein Widerspruch überhaupt nicht besteht. Schon Savigny ³⁾ hat erkannt, daß die Stelle auch nicht im mindesten das andeutet, worauf es den Gegnern eigentlich allein ankommen sollte: auf eine gerichtlich erzwungene Cession. Unbefangenen spricht sie hingegen nur von einer Cession schlechthin, und von einer Mitwirkung des Magistrates oder einem Abschlufs vor dessen Augen ist auch mit keinem Worte die Rede: was berechtigt also, etwas anderes als den Regelfall, den von beiden Seiten freigewollten Cessionsvertrag dem Juristen zu subintelligieren? Von einem Anspruch gar auf Cession verlautet keine Silbe, und so dürften wir den zweiten Satz als uns jedenfalls unschädlich auf sich beruhen lassen, wenn es nicht nahe läge, ihn einer kurzen Prüfung zu unterwerfen.

Handelt er nämlich wirklich von einer freiwilligen Cession, so ist er in doppelter Hinsicht überflüssig: einmal weil er, wie schon Savigny bemerkt, etwas Selbstverständliches behauptet: denn daß, wenn A an B eine *actio* abtritt, B eine *actio* hat, dürfte keine Erscheinung sein, die einer besonderen Hervorhebung wert wäre; ferner aber weil, wenn es darauf ankäme, der zweite Satz nichts aussagen würde, was nicht schon der erste enthielte. Um daher den zweiten Satz über-

1) Savigny a. a. O. I S. 236 ff. hat ihn allerdings in ihnen zu entdecken gemeint, ohne jedoch Anklang zu finden: vgl. die oben S. 170 Anm. 2 angeführte Literatur; doch scheint Pernice, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 19 S. 183 noch an „eine schlecht begründete *actio negotiorum gestorum*“ zu glauben.

2) Vgl. Huschke, Gaius S. 79, Brinz a. a. O. II S. 192 Anm. 15, Girard l. c. p. 761 n. 2.

3) A. a. O. I S. 275; vgl. auch Sokolowski, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 11 S. 280; Binder sieht in der Stelle ebenfalls jedes Regrefrecht verneint: a. a. O. S. 284 Anm. 14, S. 286 Anm. 20, S. 340 Anm. 35.

haupt zu einem verständigen Sinn gelangen zu lassen, muß man annehmen, daß es Modestin darum zu tun war, die Allgemeingültigkeit des ersten Satzes noch speziell an dem extremen Fall zu erweisen, in dem ein Confidejussor das Ganze geleistet hätte. Verfolgte der Jurist aber diesen Zweck der Steigerung, so muß die Einschaltung der Cession nicht nur als überflüssig, sondern als abgeschmackt erscheinen: sie stört den einfach aufgebauten Gedankengang durch Hineinzerrung eines zweiten Momentes, das im ersten Satze keine Beziehung findet oder aber im ersten Satze immer noch besser untergebracht gewesen wäre. Daß ein solches Verwischen des eigentlichen Haupttones einer Ausführung das rechte Element Tribonians ist, ist längst gewürdigt worden ¹⁾. Und so glauben wir das „*nec ei cessae sint actiones*“ aus dem Konto Modestins streichen zu sollen, um so mehr, als wir in den übrigen Stellen, die eine freiwillige Cession aufzeigen, die Hervorhebung derselben stets als ebenso zweckvoll erkennen werden ²⁾, wie sie hier nur störend und sinnverwirrend wirkt.

Das stützen auch noch einige fernere Gesichtspunkte: zunächst ist es sachlich auffallend, daß in diesem Einschießel plötzlich von „*actiones*“ gesprochen wird, während es sich doch in Wirklichkeit nur noch um eine *actio* handeln kann: ausdrücklich wird der Tatbestand auf *duo fideiussores* festgelegt. Wenn der Creditor also den einen Fidejussor belangt, so kann doch immer nur noch eine *actio* gegen den anderen Fidejussor übrig bleiben: man müßte denn allenfalls an die Bestellung eines Pfandes denken, das nunmehr gleichfalls auf den zahlenden Bürgen übertragen würde, wobei dann die *actio hypothecaria* oder die *actio pignoratitia contraria* in Betracht käme: aber von einem Pfande wird nichts erwähnt. — Des weiteren berücksichtigt der Cessionssatz nicht, daß der Schluss der Stelle sich nicht auf das Verhältnis zwischen den beiden Confidejussoren beschränkt, sondern auch auf die Beziehung zwischen dem zweiten Bürgen und dem Gläubiger eingeht.

1) Vgl. Gradenwitz, Interpolationen S. 26 ff.

2) Vgl. u. S. 194 ff.

Das „nec a creditore“ aber zu beanstanden, scheint uns keine Veranlassung zu sein: denn wenn auch damit ebenfalls eine neue Frage berührt werden mag, so liegt diese doch äußerst nahe; auch rundet sie die Darstellung insofern ab, als erst dadurch die völlige Unangreifbarkeit des zweiten Bürgen, die doch so recht ins Licht gerückt werden soll, zu einer absoluten wird. Das Nebeneinander der Cessionsbemerkung und des Hinweises auf den Creditor ist aber geradezu eine Unmöglichkeit: so wie der Satz jetzt dasteht, ergibt er, daß der Creditor, wenn er seine actio gegen den zweiten Bürgen abtrete, diese actio noch geltend machen könne; wenn er sie aber nicht cediere, solle sie ihm verloren sein: ein größerer Unsinn ist selbst von den Kompilatoren kaum zu Tage gefördert worden.

Mufs also unter allen Umständen einer der beiden Sätze weichen, so wird es nach dem Voraufgegangenen keinem Zweifel mehr unterliegen, daß die Cession auszumerzen ist. Dazu kommt schließlich, daß sich auf diesem Wege die Einschlebung einer anderen crux des Satzes erklärt, deren Beseitigung nicht nur von Mommsen in seinen Digesten vollzogen wird, sondern eine grammatische Notwendigkeit ist. Wenn nämlich die Kompilatoren die Cessionsbedingung einschalteten, so waren sie sich bewußt, diesen Gedanken in Form eines Nebensatzes zum Ausdruck bringen zu müssen. Nun mochte es bei ihrer eiligen Arbeit leicht geschehen, daß sie sich in einem Hauptsatz glaubten und deshalb eine eigene Konjunktion hinzufügten: das horrende „cum“ begreift sich so um so eher, als auf diese Weise das „sint“ vollauf verständlich wird, das sich neben dem durchaus korrekten „exsolvet“ der Florentina merkwürdig genug ausnimmt¹⁾. Scheinen demnach das „cum“ und die Cession derselben Hand zugeschrieben werden zu sollen und mufs das „cum“ fortfallen, so bleibt auch von hier aus kein anderer Schlufs als die Streichung des Cessionssatzes.

Damit dürfte der Text Modestins im wesentlichen wiederhergestellt sein. Zwar könnte man einwenden, daß auch das

1) Das gleiche wäre zu sagen, wenn man wie Mommsen mit den übrigen Handschriften „exsolvit“ läse.

wenig korrekte „eiusdem quantitatis“ mit dem „justinianischen Allerweltswort „quantitas“¹⁾ als überflüssig besser weggeblieben wäre, doch würde sich eine Interpolationsvermutung hier schwerlich hinreichend begründen lassen. Ohne weiteres kann hingegen ein gegen das „totum exsolvet“ etwa zu erhebendes Bedenken zurückgewiesen werden. Allerdings verlangt es nach einer besonderen Rechtfertigung seines klassischen Ursprungs. Denn wenn auch die Zahlung, wie nie bezweifelt²⁾, für die übrigen correi gleichfalls befreiend wirkt, so berührt es doch stets ausnehmend klassisch, wenn statt der Befriedigung die litis contestatio betont wird, sobald ihr bereits dieselbe Wirkung zukommt wie jener. Das scheint hier aber der Fall: denn in dem Moment, in dem Gläubiger und Bürge sich auf eine formula geeinigt haben, die von einer Teilung keine Notiz nahm, ist die Frage gänzlich entschieden³⁾. Auch machen sowohl das „electus“ wie das „convenietur“ es unverkennbar, daß Modestin das prozessuale Moment im Auge hatte. Trotzdem kann auf diesem Wege nur die Frage des „a creditore conveniri“ ganz erschöpft werden: das „a confideiussore conveniri“ ist von diesem prozessualen Vorgange nur insofern abhängig, als damit der letzte Zeitpunkt der Abtretung an den Confidejussor verpaßt ist, und es ist kein Zufall, daß Gaius in III 122 ein dem „totum exsolvet“ durchaus analoges „totum consecutus fuerit“ und nicht ein Prozeßmoment hervorhebt. Da dem Fidejussor auch vor der litis contestatio eine actio gegen den Confidejussor niemals zugestanden hat, so tut sich seine schwierige Lage am frappantesten kund, wenn er den Gläubiger wirklich befriedigt hat, und so ist dieses Faktum immer noch am ehesten der Betonung wert. War es daher das Bestreben Modestins, die Fälle des „a creditore“ und des „a confideiussore conveniri“ zugleich zu behandeln, so kann in der Hervorhebung sowohl des prozessualen wie des materiellrechtlichen Gesichts-

1) Pernice, *Labo* II 1 S. 282 Anm. 2 a. E.

2) Vgl. vor allem *Ulp. D.* 45, 2, 3, 1 i. f., *Binder a. a. O.* S. 28 ff., 164 ff.

3) womit übrigens nicht beabsichtigt ist, zu der schwierigen Frage der Perfektion der litis contestatio Stellung zu nehmen.

punktes keine tadelnswürdige Unklarheit und insbesondere kein Verhalten entdeckt werden, das eine Annäherung an den justinianischen Gedanken der C. 8, 40, 28 enthielte.

So haben uns nun nicht weniger als fünf Stellen eine uneingeschränkte Bestätigung gebracht sowohl bezüglich der Ansicht über das *beneficium divisionis* wie in Bezug auf das vermeintliche *beneficium cedendarum actionum* der Fidejussoren. Es soll jetzt dargetan werden, daß dieses Resultat auch nicht von anderer Seite in Frage gestellt wird.

Hier müssen wir zunächst auf das Fragment eingehen, das der herrschenden Meinung den hauptsächlichen Stützpunkt abgegeben und das auch Savigny ¹⁾ nicht befriedigend erklärt hat, auf D. 46, 1, 17 *Julianus libro octagensimo nono digestorum*:

„Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina“.

Nun, in einer Beziehung stimmt Julian mit dem bisher Gesagten überein: ein *beneficium cedendarum actionum* als ein subjektives Privatrecht des Bürgen gegen den Gläubiger gab es nicht: denn wozu sonst das „succurrere“, das, auf welchem Wege es auch durchgeführt werden mag ²⁾, doch offensichtlich Sache des freien prätorischen Ermessens ist? ³⁾ — Andererseits aber scheint das „solet“ sich allerdings mit unseren sämtlichen Ergebnissen in Widerspruch zu setzen. Aber nicht nur mit unseren Ergebnissen, sondern auch mit den deutlich ausgesprochenen Ansichten von Gaius, Papinian, Paulus, Modestin und Alexander Severus. Während der Kaiser und Modestin ausdrücklich erklären, daß eine „*actio danda non est*“, während Paulus von einem Regrefsrecht ganz absieht, während Gaius den Fidejussor vor der Leistung des Ganzen mit Nachdruck warnt,

1) A. a. O. I S. 277 Anm. o.

2) ob durch Androhung der *denegatio actionis* oder aber durch Einfügung einer *exceptio*, wie es Jul.-Afr. D. 46, 3, 38, 1 und Paul. D. 13, 5, 17 beispielsweise zeigen.

3) nicht des *arbitrium iudicis*, da dieser im *iudicium* der *actio ex stipulatu* kein freies *officium* hat, kraft dessen er die Abtretung durchsetzen könnte.

weil ihm dann gegen den Mitbürgen nicht mehr zu helfen sei, und Papinian sich zur ausnahmsweisen Zulassung der Cessionserzwingung entschließt, als ob es fast gelte, „ab iure discedere“: spricht Julian — wohlverstanden der Lehrer und Vorgänger aller Genannten — bereits von dem prätorischen Abtretungszwange als einem stets geübten Brauch: *succurri solet*. Und wie er selbst der Möglichkeit eines Bestreitens keinen Raum gönnt, so wenig erwähnen seine Nachfolger, so wenig erwähnt der unter seinem Einflusse aufgewachsene Schüler Gaius, daß es je eine andere Meinung gegeben habe, als daß in der Regel ein Regrefs von Gerichts wegen nicht zu gewähren sei: gleich als wäre Julian ein hergelaufener, vergessener Skribent gewesen und nicht der Ediktsredaktor und der vielleicht einflußreichste Jurist der klassischen Blütezeit. Das sind unvereinbare Widersprüche, die unter allen Umständen beseitigt werden müssen. Dabei ist — das wird sich nicht beanstanden lassen — von vornherein mehr Gewicht auf fünf teilweise ganz ausführliche Äußerungen verschiedener Verfasser zu legen als auf eine kurze aus dem Zusammenhang gerissene Bemerkung.

In ihrem jetzigen Zustande mit den übrigen Fragmenten die Julianstelle in Einklang zu bringen, kann auf keine Weise glücken. Denn es bliebe allenfalls übrig anzunehmen, daß Julian seine Behauptung nur auf die nicht *uno actu* verpflichteten Fidejussoren bezogen habe, bei denen, wie gezeigt, in späterer Zeit wenigstens eine Cessionserzwingung zwar auch nur unter Umständen vorgekommen sein mag, eine solche aber doch jedenfalls nicht prinzipiell ausgeschlossen war. Das aber aus der Stelle herauszulesen, wäre ein Unterfangen, wie es mit der Pandektenharmonistik ein für allemal untergegangen sein sollte. Außerdem tritt dieser Möglichkeit das „*solidum solvere paratus est*“ geradezu entgegen: denn es setzt voraus, daß die Zahlung des *solidum* eine freiwillige Handlung des Bürgen ist, daß ihm also an sich das Teilhaftungsrecht zusteht, und so müßte Julian gerade umgekehrt von den Confidejussoren gesprochen haben, denen eine Cession prinzipiell nicht gewährt wird. Die Gegensatzlichkeit wird also noch unlösbarer.

Muß demnach die Stelle irgend welche Änderung not-

wendig erfahren haben, so liegt zunächst eine Vermutung recht nahe: wie so oft, so mögen auch hier die Fidejussoren erst von Tribonian an die Stelle der verhafsten Sponsoren gesetzt sein. Diese Vermutung gewinnt außerordentlich an Wahrscheinlichkeit, wenn wir die Inskription näher betrachten. Wie Lenel zweifellos mit Recht annimmt¹⁾, hat Julian die Lehre von den Stipulationen allgemein in den Büchern 52—54 seiner Digesten vorgetragen. Ebenso greift er nicht fehl, wenn er das 53. Buch speziell von den Bürgen handeln läßt²⁾: denn die unter dieser Inskription zu findenden Fragmente enthalten eine unmittelbare Beziehung auf dieses Thema. Im 53. Buche hat nun Julian nicht nur die Sponsio, sondern auch die Fidejussio erläutert, und zwar offenbar ex professo. Dafür haben wir, gerade was die Fidejussio anlangt, vollgültige Beweise. Die in Jul. D. 46, 1, 16 wiedergegebenen Erörterungen müssen, selbst wenn, wie auch wir glauben³⁾, das principium von der Sponsio zu reden scheint, durchaus den Eindruck hervorrufen, als ob es Julian um die Darlegung des Wesens der Fidejussio zu tun gewesen sei, und keineswegs können die einen deutlichen Zusammenhang verratenden Ausführungen als zu einem anderen Thema nebenbei gemacht angesehen werden: in den §§ 1, 2, 5, 6 wird an Beispielen das Verbot des „plus obligari“ besprochen und in den §§ 3 und 4⁴⁾ sowie in Jul. D. eod. 7 auf den im § 3 aufgestellten Satz: „Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur“ eingegangen. Das hat denn auch Lenel erkannt, indem er die auf die Fidejussio bezüglichen, ohne Angabe des Buches von anderen Juristen zitierten Äußerungen Julians gleichfalls in dieses 53. Buch verweist: ein Verfahren, an dessen

1) Edikt 1. Aufl. S. 407, 2. Aufl. II p. 263 suiv., Pal. I S. 452 ff.

2) Mit der von ihm gewählten Rubrik „de adpromissoribus“ können wir uns freilich im Hinblick auf unsere obigen Ausführungen (S. 13 ff.) nicht befreunden.

3) S. oben S. 20.

4) Über § 4 vgl. Pernice, Labeo III S. 253 f., Siber, Rechtszwang S. 14 f., über §§ 3 und 4 besonders Gradenwitz, Königsberger Festgabe für Schirmer S. 144 ff., 167, 178.

Berechtigung niemand zweifeln wird, der etwa Stellen wie Ulp. D. 46, 1, 8, 8 und 9 oder Paul. D. eod. 34 mit den Erörterungen der l. 16 vergleicht ¹⁾). Danach ist es sicherlich nicht gewagt — und wir glauben uns darin im Einverständnis mit Lenel —, wenn wir behaupten, daß Julian die Fidejussio im 53. Buche ex professo und erschöpfend dargestellt hat. Dann aber wäre es äußerst merkwürdig, wenn er das beneficium cedendarum actionum der Fidejussoren, soweit es in unserer D. 46, 1, 17 enthalten ist, im 89. Buche und nicht im 53. behandelt hätte: also an einer Stelle, an der er eine Bemerkung über die Fidejussoren schon deswegen höchstens beiläufig gemacht haben könnte, weil in dem Teil seines Digestenwerkes, welcher die *leges* erläuterte, für die Fidejussio, die in keiner Beziehung unmittelbar durch ein Gesetz geregelt worden ist ²⁾), gar kein Platz war.

Diese Beobachtung muß die Vermutung, daß die l. 17 nicht die Fidejussio, sondern die Sponsio zum Gegenstande hatte, außerordentlich stützen. Denn es kann gar keinem Zweifel unterliegen, daß die letzten Bücher der Digesten den Bürgengesetzen gewidmet waren, und es ist völlig zu unterschreiben, wenn Lenel ³⁾ auf Grund der Jul. D. 45, 1, 59 das 88. Buch für die *lex Cornelia*, wegen der Jul. D. 16, 2, 2. Jul. D. 46, 1, 18 und Jul. D. 1, 3, 11 (vgl. C. 1, 17, 2, 18) das 90. Buch für die *lex Publilia* und unser 89. Buch gerade wegen der einzig daraus erhaltenen D. 46, 1, 17 für die „*lex Appuleia de sponsu*“ in Anspruch nimmt. Ist das aber richtig, so liegt es doch wahrhaftig näher, in dem Fragment den Rest einer unmittelbaren Erörterung über die Sponsoren und die *lex Appuleia* zu erblicken als sie für eine nebenher fallen gelassene Bemerkung über die Fidejussoren zu halten. Und doch läßt Lenel das „*fideiussoribus*“ unangetastet ⁴⁾). Gerade bei diesem

1) Außer diesen Stellen kommen noch Ulp. D. 46, 1, 8, 3 und Papin. D. eod. 47 pr. in Betracht.

2) Vgl. oben S. 119f.

3) Pal. I S. 484.

4) So auch alle bisherigen Schriftsteller: vgl. z. B. Eisele, *Zeitschr. d. Sav.-St. Bd.* 13 S. 132, Sokolowski, ebenda Bd. 11 S. 298, der die

Worte wird man kaum behaupten dürfen, daß die Vermutung für die Echtheit des überlieferten Textes streitet. Und wenn Lenel sich in der Anmerkung dazu auf Gai. III 122 beruft, so erweist ja, wie wir gesehen haben, nichts kräftiger die Unmöglichkeit eines *beneficium cedendarum actionum* der Fidejussoren als gerade diese Stelle. Wir vermögen deshalb auch nicht daran zu glauben, daß uns in Lenel wirklich ein positiver Gegner erstanden sei: er wird die Frage vielmehr gemäß seinem in der Einleitung der Palingenesie ¹⁾ dargelegten durchaus berechtigten Standpunkte in der Schwebe haben lassen und in dem Nichtberühren des „*fideiussoribus*“ weniger ein „*non*“ als ein „*non liquet*“ haben ausdrücken wollen. Ja, in neuester Zeit hat er sich sogar der hier vertretenen Ansicht offensichtlich genähert, da er unsere in der ersten Auflage seines Ediktes ²⁾ zur Fidejussio zitierte Stelle in der zweiten Auflage ³⁾ nunmehr als unmittelbar zu der *lex Appuleia*, also zur *Sponsio* gehörig anführt.

Für unsere Auffassung scheint auch ein weiteres Moment verwertbar ⁴⁾: Julian spricht von einem „*vendere*“ der Forderungen des Gläubigers gegen die übrigen Bürgen. Nun begegnet dieser Verkaufsgedanke, wie wir sehen werden, allerdings auch in Erörterungen über mehrere Fidejussoren, deren jeder auf das Ganze, aber solidarisch haftet. Es werden dabei die Befriedigung des Gläubigers als Zahlung des Kaufpreises, die Forderungen gegen die übrigen Fidejussoren als die Kaufobjekte angesehen. Allein es liegt auf der Hand, daß das eine lediglich zu besonderem Zwecke ⁵⁾ notwendige Fiktion ist. Denn wäre es mit dem Ver-

Stelle infolgedessen auch ganz im Sinne der allgemeinen Meinung benutzt, trotzdem aber in Anm. 1 erklärt, daß die *lex* „mit dem späteren *benef. cedend. act.* nichts gemein“ habe. Damit ist wenigstens der Unterschied zwischen prätorischem Ermessen und gesetzlichem (bzw. quasigesetzlichem) Recht erkannt.

1) II Praef. S. 3.

2) S. 169 Anm. 1.

3) I p. 244.

4) Daß das Fragment als Creditor einen Stipulator und somit eine verbale Hauptschuld voraussetzt, ist ebenfalls bemerkenswert.

5) nämlich zur Vermeidung der Konsumtion der gegen die übrigen

kauf ernst gemeint, so würde man zu lauter in sich widerspruchsvollen Konstruktionen und unhaltbaren Ergebnissen gelangen, was das Verhältnis des befriedigenden Bürgen sowohl zum Gläubiger wie zu seinen Mitbürgen betrifft; denn er kann nun einmal nicht lediglich als *emtor extraneus* betrachtet werden: er bleibt immer auch Bürge, und der korreale Charakter seiner Verbindlichkeit mit denen der übrigen Bürgen macht es unmöglich, von einem „*vendere ceterorum nomina*“ im eigentlichen Sinne zu reden ¹⁾. So waren sich ja auch die Römer dieser Fiktion vollkommen bewußt ²⁾: das geht sowohl aus Modestins Worten „*pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio quae fuit premissa videatur*“ in D. 46, 3, 76 i. f. wie aus dem „*quodammodo*“ der D. 46, 1, 36 hervor, dem, wenn es selbst nicht von Paulus stammen sollte ³⁾, sicherlich ein echter Sinn zu Grunde gelegen hat ⁴⁾.

Demgegenüber böte unsere D. 46, 1, 17 ein neues *ἀπαξ εἰρημένον*, wenn sie in Bezug auf Fidejussoren skrupellos von einem „*vendere*“ spräche ⁵⁾: wenn sich Paulus und Modestin

Bürgen gerichteten Klagen: s. darüber u. S. 198 f. Vgl. auch Böhlau, Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht Bd. 18 S. 412, Girtanner a. a. O. S. 536 f., Jhering, Geist d. röm. R. ⁴ II S. 376.

1) Entgegengesetzt, aber im Widerspruch mit der Quellensprache Sibera, Rechtszwang im Schuldverhältnis (1908) S. 249, der in der Leistung des Fidejussors „nicht Erfüllung der Hauptschuld, sondern Leistung eines Kaufpreises für die actio“ sieht und diesen Kauf obendrein für einen (gänzlich unbezeugten) Realvertrag hält. — Sokolowski a. a. O. Bd. 11 S. 298 läßt das im Text Gesagte nur für die Zeit vor dem Erlaß der *epistula Hadriani* gelten, „weil dem früheren Rechte die Haftung mehrerer Confidejussoren als eine unzerlegbare Gesamtverpflichtung erschien“: hat sich das aber etwa durch die *epistula Hadriani* geändert? Gai. III 121 und D. 46, 1, 26 sprechen doch recht deutlich (vgl. u. S. 195 Anm. 1).

2) Vgl. Stampe, Arch. f. d. zivil. Praxis Bd. 80 S. 412 Anm. 88, Girard l. c. p. 760 suiv.

3) S. u. S. 208 f.

4) Vgl. auch die entsprechenden Schlufssätze Papinians in D. 27, 3, 21 und D. 50, 15, 5 pr.

5) Allerdings heißt es auch in Ulp. D. 46, 1, 10 pr. i. f. schlechthin „*nominis emptio*“, doch scheint der von Eisele, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 13 S. 132 freilich für echt gehaltene Schlufssatz ebenso von den Kompilatoren zu stammen wie die vorangehenden Worte (s. darüber oben S. 139

noch zusammennehmen, um den fiktiven Charakter der venditio jedesmal zu betonen, so dürfte man das doch von dem älteren und größeren Julian gleichfalls erwarten ¹⁾. Auch dieser Schatten weicht aber von ihm, sobald wir die Fidejussoren mit den Sponsoren vertauschen. Hier liegt kein Korrealverhältnis vor, sondern es stehen ipso iure getrennte Teilforderungen neben einander. Nur bezüglich eines einzigen Teiles ist, wie schon oben ²⁾ hervorgehoben, der zahlende Sponsor nach Zivilrecht Schuldner: dem übrigen Teile der Hauptschuld steht er als Dritter gegenüber wie jeder andere. Tilgt er sie trotzdem, so ist er insoweit je nach der gegebenen causa vielleicht Schenker, Mandatar, negotiorum gestor; erklärt er sich aber gegen Übertragung der die übrigen Teile betreffenden Forderungen zur Zahlung des Ganzen bereit, so liegt darin nicht mehr und nicht weniger als eine Kaufofferte, und das zustande gekommene Geschäft muß als Kauf bezeichnet werden wie nur irgend ein anderer Kauf. Daher drohen hier auch nirgends Konsequenzen, wie sie die fiktive Natur des Kaufes bei der Fidejussio heraufbeschwört: der Creditor kann von dem Sponsor nicht noch einmal Erfüllung fordern: denn bezüglich seines Teiles hat dieser ja erfüllt und lediglich erfüllt, nicht auch gekauft; und der Sponsor kann und wird alle gekauften Teilforderungen in ihrem ganzen Betrage geltend machen und geltend machen müssen, will er sich wirklich schadlos halten.

Endlich wäre es aber auch mit den übrigen Quellennachrichten schwer vereinbar, wenn Julian bereits von einer gerichtlich erzwungenen Cession an den leistenden Fidejussor redete, welche, wie dargelegt ³⁾, die Fähigkeit des Cessionars zum „suo

Anm. 7, S. 163 Anm. 3). Denn unter welchen Umständen sollte die „*nominis emptio*“ „eine harte Zumutung“ für den Gläubiger sein, da er zu ihr doch nur gezwungen wird, wenn der Bürge „*solidum solvere paratus est*“, nicht aber wenn „*numeratio totius debiti non sit in expedito*“? Auch zeugt das „*emptio*“ an Stelle von „*venditio*“ von geringer juristischer Klarheit; es gibt aber andererseits als wirkliche „*emptio*“ von dem Bürgen verstanden, keinen vernünftigen Sinn.

1) Und so liest denn Hartmann, Die Obligation S. 48 ff. auch in diese Stelle „eine bloß doktrinaire Fiktion“ hinein.

2) S. 168.

3) S. oben S. 165 f.

nomine agere“ bedingen würde. Da das 64. Buch des Digestenwerkes noch unter Antoninus Pius, also vor dem Jahre 161, geschrieben sein muß¹⁾, so darf das unser Fragment enthaltende 89. Buch um so weniger weit nach 161 angesetzt werden, als allem Anschein nach Julian, wenn nicht vor 169²⁾, so doch auch nicht viel später gestorben ist. Ist das aber richtig, so kann es höchstens wenige Jahre nach Gai. II 39 entstanden sein, der von einer utilis actio des Cessionars, wie gezeigt³⁾, noch nicht das mindeste weiß. Dafs damit das „solet“ Julians gänzlich unverträglich ist, bedarf keiner näheren Ausführung. Auch hier wieder schwindet aber jede Schwierigkeit, sobald man in dem Cessionar und den debitores cessi nicht Fidejussoren, sondern Sponsoren erblickt. Denn da diese ja ipso iure nicht solidarisch, sondern nach Kopfteilen hafteten, die die einzelnen verpflichtenden Teilobligationen also selbständig und von einander streng gesondert waren, so wurden durch litis contestatio eines Sponsors mit dem Gläubiger oder seine Leistung an ihn die „nomina ceterorum“ gar nicht berührt, und es war keine utilis actio nötig, um dem Sponsor den Bestand der Klagen gegen die übrigen Sponsoren zu gewährleisten.

Scheint uns aus allen diesen Gründen die Annahme der Interpolation unvermeidlich, so widerstreitet das nun aus der Stelle gewonnene Resultat unseren bisherigen Feststellungen

1) Jul. D. 4, 2, 18. .

2) d. h. vor dem letzten Jahre der Doppelregierung von Marc Aurel und L. Verus: hierfür beruft sich die herrschende Meinung (Momm sen. Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 9 S. 88 Anm. 15, P. Krüger, Gesch. d. Quellen S. 167 Anm. 26, Buhl, Salvius Julianus I S. 24 [wo weitere Literatur], Kipp, Gesch. d. Quellen S. 110 und noch neuerdings, wenn auch zweifelnd, Mommsen, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 23 S. 59 Anm. 4) auf ein in Ulp. D. 37, 14, 17 überliefertes Reskript der beiden Kaiser, in dem Julian als bereits verstorben genannt sein soll. Doch läßt sich das entscheidende „fuisse“ daselbst auch anders erklären, zumal das ganz entsprechende „placuisse“ bei Gai. II 280 als zu Lebzeiten Julians geschrieben, eine andere Deutung geradezu fordert. Auch würde das Reskript den schon verstorbenen Julian schwerlich mit seinen offiziellen Titeln „amici nostri clarissimi viri“ aufgeführt haben: ebenso Borghesi, Œuvres complètes IX p. 306.

3) S. oben S. 166.

keineswegs mehr. Denn wenn auch Gaius' Darlegung ¹⁾ darauf hindrängt, den des beneficium legis Furiae teilhaftigen Sponsoren das beneficium legis Appuleiae zu verschließen und dies sich auch aus dem Wesen der Sache ergibt, so ist doch, wie oben ²⁾ betont, die Ratio hier eine ganz andere als bei der Versagung des Regresses gegenüber den Fidejussoren. Darüber lassen auch die das Ergebnis enthaltenden Worte des Gaius gar keinen Zweifel. Neben dem „huius solius detrimentum erit“ hat die D. 46, 1, 17 schlechterdings keinen Platz, indem sich in diesen Worten unzweideutig der praktische End-erfolg ausgedrückt findet. Hingegen erhellt aus dem Passus „an . . . beneficium legis Appuleiae supersit, valde quaeritur“ nur, daß das Gesetz selbst nicht zur Anwendung kommen kann, eben weil es auf die Solidarhaftung des Sponsors zugeschnitten ist. Davon, daß die Praxis sich hierbei beruhigt hätte, ist gar nicht die Rede, und es wäre logisch an dem Gedankengange nichts auszusetzen, wenn man hinter das „quaeritur“, durch ein „sed“ etwa verbunden, die l. 17 Julians einfügen wollte.

Aber auch sachlich läßt sich diese Praxis wohl verstehen. Der römischen Zivilrechtspflege war ein Gesetz erklärlicherweise ganz besonders heilig, da ja so selten ein solches in den Lauf der Entwicklung eingriff. Solange daher die lex Appuleia nicht aufgehoben war — und sie bestand, solange es eine Sponsio gab —, mochte es für den Prätor immer noch recht nahe liegen, wenn sie auch unmittelbar nicht mehr angewandt werden konnte, so doch ihrem Geiste nach Möglichkeit gerecht zu werden und in diesem Sinne dem Sponsor, der freiwillig die ganze Schuld tilgte, nicht jede Unterstützung zu verweigern: das um so mehr, als auch andere Erwägungen dafür sprachen. Denn wenn der Sponsor sich einerseits zur Zahlung des Ganzen bereit erklärte, andererseits aber nicht ohne Gegenleistung sich dazu verstehen wollte, so gebot es gleichzeitig das Interesse, welches die Öffentlichkeit an einer Verringerung der Prozesse

1) III 122.

2) S. 168 ff.

Levy, Sponsio.

hatte, daß man dem Willen des Sponsors Gehör schenkte und sich über die grundlose, bisweilen schikanöse Weigerung des Gläubigers hinwegsetzte, indem man ihn zwang, durch Verkauf seiner Forderungen eine billige Rechtslage herzustellen. Und so macht denn auch der Satz Julians mit seinem „solet“ durchaus den Eindruck, als berichte er darin lediglich von einer althergebrachten Gewohnheit. Aber — und das muß nochmals hervorgehoben werden — es war eine Gewohnheit, die in der lex Appuleia ihre Stütze fand, ohne sie nicht entstanden wäre und deshalb auch nicht auf Gebiete übergreifen konnte, in denen die lex Appuleia nicht galt: daher denn dieses Verfahren auf das Fidejussorenrecht keinen Einfluß zu üben vermochte. Nicht umsonst formuliert Gaius den Übergang zum Fidejussorenrecht an dieser Stelle: „*ad fideiussores autem lex* ¹⁾ Appuleia non pertinet. Itaque si . . .“ ²⁾. — Schließlich bietet auch, von Julians Zeit aus betrachtet, dieses *beneficium cedendarum actionum* der mit dem *beneficium legis Furiae* ausgestatteten Sponsoren ein angemessenes Gegenstück zu dem *beneficium divisionis* ³⁾ derjenigen Sponsoren, für welche die lex Appuleia noch unmittelbar in Geltung stand.

Bedurfte es der l. 17 gegenüber einer sorgfältigeren Verteidigung, weil sie in ihrem überlieferten Wortlaut tatsächlich wider uns zu zeugen scheint, so werden die übrigen von der herrschenden Anschauung ins Feld geführten Fragmente keine Schwierigkeit mehr bereiten. Man muß sich hier geradezu

1) Daß diese drei Wörter ergänzt sind, macht nichts aus, da auf ihre genaue Authentizität hier nichts ankommt.

2) Ganz in demselben Sinne zitiert übrigens Binder a. a. O. S. 286 diese Worte, um zu vermuten, daß trotz der Nichtanwendung der lex Appuleia „neben der Teilhaftung auch der Regrefs galt“. Binders Darlegungen drängen also geradezu auf eine Stelle hin, wie wir sie in der l. 17 gefunden haben. — Wenn Binder jedoch dieses Recht der Sponsio als Beleg für seinen Satz verwenden will, „daß Teilung und Regrefs in einem gewissen Zusammenhang standen“, so ist dem gegenüber unter Betonung des bei den Fidejussoren ja praktisch gewordenen gegenteiligen Prinzipes zu wiederholen, daß die oben wiedergegebene Gestaltung des Sponsionsrechtes auf historischen Besonderheiten beruht, die mit dem dogmatischen Verhältnis zwischen Teilung und Regrefs gar nichts zu tun haben.

3) S. darüber oben S. 169 Anm. 1.

wundern, wie sie überhaupt zum Nachweise eines *beneficium cedendarum actionum* herangezogen werden konnten, da sie doch in Wirklichkeit nicht das mindeste verraten, was einem solchen *beneficium* ähnlich sehen könnte. Es ist da weder von einem subjektiven Recht des Fidejussors auf Cession noch auch von einem Prozeß die Rede, in dem der Prätor wie in D. 46, 1, 17 oder D. 46, 6, 12 die Cession hätte erzwingen mögen. Der Tatbestand ist lediglich der, daß der Fidejussor sich aus gutem Willen oder aus irgend welchen anderen Gründen mit der Zahlung der ganzen Schuldsomme einverstanden erklärt und der Gläubiger ihm dafür selbstverständlich mit Freuden die *nomina* gegen die übrigen Fidejussoren abtritt. In diesen Fällen kann der Gläubiger für den Verzicht auf das ihm so unbequeme *beneficium divisionis* nicht dankbar genug sein, und er wird sich hüten, es irgendwie zum Prozeß kommen zu lassen. Will er sich törichterweise nicht zur Abtretung bereit finden, so wird das dem Bürgen jedenfalls ziemlich gleichgültig sein, und es heißt die ganze Sachlage verkennen, wenn man nun den Bürgen den Prätor um Erzwingung der Cession anflehen läßt. Der Bürge wird vielmehr seelenruhig dem Gläubiger entgegen: „dann zahle ich eben nur meinen Teil“, und der Gläubiger kann nun, wenn er will, zum Prätor gehen: mehr als den Teil des betreffenden Fidejussors wird er nicht herausbekommen; nur hat er jetzt das Vergnügen, sich mit jedem der Bürgen getrennt um jedes Teilchen herumzustreiten. — Die folgenden Stellen handeln ausschließlich von einer solchen privaten Zahlung des Ganzen durch den Bürgen und besprechen nur die Umstände, unter denen die Aktionen gegen die anderen Bürgen auf ihn übergehen: übereinstimmend ergibt sich, daß ein Recht auf und aus Abtretung dem Bürgen erst durch Abschluß eines besonderen Vertrages erwächst, der dann, wie schon angedeutet, in Anlehnung an die wirkliche *venditio nominum* an den Sponsor gern als eine *quasi venditio* fingiert wird ¹⁾.

1) Wie sich im Falle eines solchen Vertrages das Verhältnis des Cessionars zu den übrigen Bürgen regelt, ist bei dem Stande der Quellen schwer zu beantworten. Sokolowski, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 11 S. 296 f. und Girard l. c. p. 757 n. 1 sind freilich überzeugt, daß auf jeden von ihnen

Beginnen wir mit dem § 1 derjenigen *constitutio*, deren principium unserer Ansicht eine wertvolle Stütze bot¹⁾: der C. 8, 40, 11 des Alexander Severus. Gerade der Zusammenhang des principium mit dem § 1 ist außerordentlich charakteristisch: er ruft den Eindruck hervor, als ob A. Sallustius, der Adressat dieses Reskriptes, ähnliche Ansichten für sich zu verwerten suchte, wie sie jetzt in der Regel vertreten werden. Der Kaiser aber reskribiert, ganz wie man heute der herrschenden Meinung entgegentreten möchte:

1. Ein *beneficium cedendarum actionum* gibt es nicht.
2. Einem privaten Cessionsvertrage steht nichts im Wege. „Hättest du ihn nur rechtzeitig geschlossen“ fährt nun der Kaiser fort. Hiermit macht er auf ein Moment aufmerksam, das bei der prozessualen Cession seine volle Parallele findet und das auch hier wieder zu dem Schlusse führt, daß ein *beneficium cedendarum actionum* als ein von selbst vorhandenes

nur mehr eine Teilschuld entfallende. Indessen wodurch sollte eine solche Teilung erfolgt sein? Sokolowski selbst betont ja S. 281 im Hinblick auf Gai. III 121 und sonst, daß bis zur *litis contestatio* noch Solidarhaftung bestehe und von einer Teilung keine Rede sein könne. Hier aber kommt es ja überhaupt zu keiner *litis contestatio* zwischen Gläubiger und zahlendem Bürgen. Und wie ernst es den Klassikern mit jenem Satze war, erhellt nirgends deutlicher als aus der gewiß nicht billigen, aber folgerichtigen Entscheidung Papinians in D. 46, 1, 51, 1, welche allerdings die Kompilatoren durch ihren Schlusssatz bezeichnenderweise illusorisch gemacht haben: so mit Recht Eisele, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 13 S. 132, H. Krüger, ebenda Bd. 19 S. 34f., H. Appleton, *interpolations* p. 184 *suiv.*; anders Sokolowski a. a. O. Bd. 11 S. 293, Binder a. a. O. S. 145 Anm. 59. Die von Binder besprochene, uns scheinbar entgegenstehende D. 46, 3, 37 Julians ist, wie auch Mommsen und Bremer, *Jur. anteq.* II 2 S. 181 annehmen (anders Lenel, *Pal. I* S. 494), ebenso wie Ulp. D. 46, 3, 5, 1 (so Mommsen, Lenel, *Pal. II* S. 1176 Anm. 6, Heumann-Seckel. *Handlexikon* s. v. „*fideiubere*“) zweifellos von den Sponsoren zu verstehen, da sie eine *ipso iure*-Teilhaftung voraussetzt und sich daher auch von Binders Standpunkt aus nicht mit D. 46, 1, 51, 1 vereinigen läßt. — Im Ergebnis möchten wir vermuten, daß den übrigen Mitbürgen etwa eine *exceptio doli* gegeben worden sein mag, wenn der Cessionar im Verfahren gegen sie bei der Bildung des *Divisors* seine eigene Person nicht mit in Rechnung zog.

1) S. oben S. 175 ff.

Recht niemals in Rom bestanden hat. Wie im Prozeß eine Abtretung der Klagen nur in jure vor sich gehen konnte, ehe die *litis contestatio* sie zum Erlöschen brachte, so mußte bei außergerichtlicher Befriedigung auf die Konsumtion Bedacht genommen werden, die durch die Zahlung eintrat¹⁾. Daher denn mindestens bei der Zahlung („*cum solveres*“) die Cession vollzogen oder wenigstens ihre Vornahme vereinbart werden mußte. Zwar erwähnt die Konstitution ausdrücklich nur die Übertragung eines dem Gläubiger eingeräumten *ius pignoris*; doch liegt es schon an sich nahe und wird durch C. eod. 14, 1 zur Gewißheit²⁾, daß auch die durch das Pfand gesicherte Forderung übertragen werden sollte. Der folgende Plural „*cessio actionibus*“ stellt das vollends außer Zweifel.

Ganz demselben Gedankenkreise entstammt die D. 46, 3, 76 Modestins:

„*Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeat, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit: quod si ante solutionem hoc factum est vel, cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio quae fuit precepta videatur*“.

Sie ist um so ergiebiger, als sie prinzipiell behandelt, was das Reskript aus Anlaß eines speziellen Falles nur zu streifen in der Lage ist. So stand sie denn von je im Mittelpunkt dieser Erörterung und wurde daher in der Regel für das *beneficium cedendarum actionum* der Fidejussoren verwendet: allerdings

1) Zwar sagen die Römer niemals, daß eine actio „*solutione consumi*“ (vgl. Vocab. iur. Rom. I Sp. 975 f.). Doch steht einer Benutzung dieses Ausdrucks zum Zwecke einer vergleichweisen Gegenüberstellung gegen das technische „*actio* (= *litis contestatio*) *consumi*“ um so weniger etwas entgegen, als schon Marcellus in D. 46, 8, 17 sagt: „*dicendum est obligationis partem (scil. actione) consumptam, quemadmodum si decem stipulatus esset aut exegisset*...“.

2) S. u. S. 206 Anm. 1 a. E.

erst auf Grund eines Analogieschlusses, da sie unmittelbar nur von den mehreren Tutoren spreche ¹⁾. Dieser Schlufs dünkt uns einmal bedenklich, weil die Verhältnisse bei den Tutoren doch etwas anders zu liegen scheinen ²⁾, zudem aber überflüssig, weil die Stelle mit demselben Rechte als auf die fideiussores tutorum gemünzt betrachtet werden kann. Denn diese schulden um nichts weniger ex causa tutelae als die Tutoren selbst, da ja damit, wie die „tutelae causa“ am Ende von Papin. D. 46, 6, 12 zeigt, noch nicht das tutelae iudicium verstanden zu werden braucht ³⁾. Dazu kommt, dafs von den fideiussores tutorum um so eher besonders ex professo die Rede sein konnte, als sie, wie wir aus Pap. D. 46, 6, 12 ansehen haben ⁴⁾, durch den Mangel des beneficium divisionis in eine eigentümliche Lage versetzt waren, die durch private Cessionsverträge wahrscheinlich recht häufig gemildert wurde, zumal ja die Cessionserzwingung seitens des Prätors noch zu Papinians Zeit eine so heikle Sache war.

Dafs aber die l. 76 nicht nur nicht für, sondern so unzweideutig wie möglich wider das beneficium cedendarum actionum zeugt, hat, wenngleich für das Tutorenverhältnis, bereits Windscheid ⁵⁾ erkannt: Modestin erklärt eine nach vorbehaltloser Zahlung erfolgte Cession für schlechthin unwirksam („nihil ea cessione actum“), „cum nulla actio superfuerit“. Geschieht die Abtretung dagegen vor der Zahlung oder wird wenigstens vorher ein Vertrag auf Abtretung nach geschehener Zahlung geschlossen, so ist die Cession gültig: in beiden Fällen aber, auch („quoque“) wenn die Cession der Zahlung vorangeht, wird die exakte, aber nicht einmal ganz zutreffende ⁶⁾ Denkform der

1) Dernburg, Pfandrecht II S. 369 Anm. 16, Girtanner a. a. O. S. 535, Binder a. a. O. S. 147 f.

2) Das zeigt die actio utilis der Ulp. D. 27, 3, 1, 13, selbst wenn „ex communi gestu“ wirklich, wie Binder a. a. O. S. 285 ff. meint, interpretiert sein sollte.

3) Geib a. a. O. S. 84 spricht in diesem Sinne von einer „materiellen causa“.

4) S. oben S. 175.

5) A. a. O. ⁶⁾ III S. 160.

6) Vgl. oben S. 189 f.

Kauffiktion gewählt, um dadurch nur ja gegen die Konsumtion gesichert zu sein. Und all diese Schwierigkeiten und peinlichen Unterscheidungen, wenn es ein Cessionsrecht gäbe?

Auch das letzte der geltend gemachten Fragmente, Paul.

D. 46. 1, 36:

„Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.“

scheint auf solchen Erwägungen zu beruhen, und auch sie spricht lediglich von einem privaten Cessionsvertrage: so daß wir sie mit Fug für erledigt erklären dürften. Indessen da wir uns einmal auf die nähere Behandlung dieses Cessionsvertrages eingelassen haben, so muß es wohl einiges Befremden erregen, wenn in dieser Beziehung die in den eben vorgelegten Stellen hervorgetretenen Gesichtspunkte in einer Weise fallen gelassen werden, die geradezu zur Vermutung eines Cessionsrechtes verleiten könnte.

Es wird hier nämlich das dort so in den Vordergrund gerückte zeitliche Verhältnis zwischen Cession und Zahlung gänzlich beiseite geschoben und auch bei vorangegangener Leistung die Abtretung ohne weiteres für wirksam erachtet, also über das Konsumtionsmoment hinweggesehen ¹⁾. Diese Gegensatz-

1) Auf anderem Gebiete findet St am p e, Arch. f. d. zivil. Pr. Bd. 80 S. 408 f. allerdings noch zwei Schwesterstellen: allein die eine, Papin. D. 50, 15, 5 pr. setzt offenbar überhaupt kein Korrealverhältnis voraus und ist deshalb, da die Abtretung nach der litis contestatio, aber vor der Leistung erfolgt, gar nicht verwertbar (anders Otto, Schilling, Sintenis, Das Corpus juris in deutscher Übersetzung Bd. 4 S. 1211 Anm. 236); die andere, Ulp. D. 21, 2, 38, ist zwar sowohl bezüglich des „habet autem contrariam pignoratitiam actionem“ (vgl. Gradenwitz, Interpolationen S. 121) wie bezüglich des darauf folgenden Schlusses (s. Kalb, Juristenlatein S. 81 Anm. 5, H. Appleton, interpolations p. 115) als interpoliert bereits erwiesen, doch wird sich ihr hier in Frage stehender Anfang nicht auf gleiche Weise beseitigen lassen, obwohl gerade dessen Inhalt von Dernburg,

lichkeit wird aber kaum auf Paulus zurückzuführen sein, gehört er doch ganz derselben Zeit an wie die Verfasser der beiden entgegenstehenden Stellen. Die *constitutio* ist a. 229 ergangen, also in einem Jahre, in dem Ulpian gerade verstorben (a. 228) und Modestin noch nicht zur Blüte gekommen war ¹⁾, Paulus aber als Praefectus Praetorio des Alexander Severus ²⁾ auf den Erlass der Reskripte sicherlich einen maßgebenden Einfluss übte. Und doch soll er nicht nur eine dem Reskript entgegengesetzte Ansicht vertreten, sondern dasselbe sogar mit einem „sed non ita est“ verleugnet haben? Der so aufsteigende Verdacht gegen die Autorschaft des Paulus verdichtet sich aber zur Gewissheit, wenn wir auf die Stelle selbst eingehen. Dafs sie „der juristischen Gestaltung Gewalt

Pandekten I S. 680 Anm. 8 gekünstelt genannt wird und auch sonst zu vielfachen Bedenken Anlaß gegeben hat (vgl. z. B. Moreau, Haftung wegen Eviktion der verkauften Pfandsache, Münch. Diss. 1878 S. 28 ff.). Man wird gegen Dernburg und Stampe die *actio pignoratitia contraria* nach dem Pfandverkauf noch nicht als untergegangen betrachten dürfen; sie kann vielmehr ihrem Wesen gemäß nach Beendigung des Pfandrechtes ebenso gut fortbestehen, wie die *actio pignoratitia directa* das debitum „pecuniam solutam eo nomine satisfactum esse“ geradezu erfordert. Erst der Autorität Julians und vieler Kaisererlasse bedurfte es, wie Ulpian in D. 19, 1, 11, 16 ausdrücklich hervorhebt, um den Pfandgläubiger, der sich aus dem für eine res aliena gezahlten Kaufpreise befriedigt hatte, von der Eviktionshaftung gegenüber dem Käufer der Pfandsache zu befreien; bis dahin war die *actio pignoratitia contraria* überhaupt das notwendige und einzige Schutzmittel des Pfandgläubigers, und es muß danach nur folgerichtig scheinen, daß man diese *actio*, auch als der Pfandgläubiger selbst sie nicht mehr nötig haben mochte, dazu benutzte, durch ihre Cession den Käufer an dem Debitor schadlos zu halten: jedenfalls war dieser Weg, der den Käufer zunächst an den, welcher allein ihm vertraglich verbunden war, an den Pfandgläubiger verwies, weniger kühn als die Gewährung einer utilis *actio*, „dont le caractère est discuté“ (Girard l. c. p. 779 n. 7) und die auch tatsächlich nicht gerade einfach zu konstruieren ist. Die Lösung von Brinz a. a. O. II S. 285 Anm. 38, S. 286 Anm. 39 scheint etwas oberflächlich, die von Moreau ist überhaupt keine Lösung.

1) Seine l. 76 cit. darf um so eher etwas später angesetzt werden, als sie ein Responsum enthält und er in C. 8, 42, 5 (vgl. Kipp, Geschichte der Quellen d. r. R. S. 124 Anm. 65), also erst 239 als Respondent unter Gordian erwähnt wird.

2) Vgl. Kipp a. a. O. S. 121.

antut“, hat sogar Dernburg ¹⁾ zugestanden; aber nicht minder verstößt sie gegen grammatische und logische Grundsätze so vielfach, daß für Paulus selbst fast gar nichts übrig bliebe, wenn nicht einige Reste des Gedankenganges, der auch die anderen Stellen beherrscht, sich gerettet hätten.

Gleich das Subjekt des ganzen Fragmentes ist sehr ungeschickt bestimmt: „is, qui et reum et fideiussores habens“. Schon das falsche Partizipium läßt vermuten, daß der Relativsatz eingeschoben sei; noch schlimmer beinahe ist aber die Ausdrucksweise: „der, welcher einen Hauptschuldner und Bürgen hat“: solch einen Menschen nennt man gewöhnlich einen Gläubiger, eine Weisheit, die selbst die Kompilatoren sich zu eigen gemacht hätten. Paulus wird daher kaum von einem „creditor“ schlechtweg gesprochen, sondern diesen entweder in irgend welcher Weise näher bezeichnet haben, welche sich in das System Tribonians nicht mehr einfügte, oder aber es hat sich auch — was noch wahrscheinlicher ist — die Bedeutung des „is“ bei ihm aus dem Zusammenhange mit dem vorangegangenen Texte von selbst ergeben. Das nun Folgende mag abgesehen von dem mit dem späteren „sed non . . .“ fortfallenden „quidem“ Paulus zum Verfasser haben: bis etwa zu „perceperit“, woraus sich insoweit eine Übereinstimmung mit Modestin und dem Reskript kundtäte.

Von da an aber dürfte alles ohne Unterschied von Tribonian stammen. Schon die Worte „et perceptione omnes liberati sunt“ sind zu beanstanden. Das nackte „omnes“ macht stilistisch keinen guten Eindruck. Der Indikativ „sunt“ nach „cum“ ist um so auffälliger, als es richtig „perceperit“ heißt. Auch „perceptio“ in diesem absoluten Sinne = „solutio“ scheint bei den Kompilatoren beliebt *) und gar nicht einwands-

1) Pandekten II S. 219 Anm. 7; schon im Pfandrecht II S. 369 Anm. 16 erklärte er sie für wenig beweisend.

2) Unter den justinianischen Konstitutionen begegnet es allerdings nach Longo, *Bullett. dell' Ist. di dir. Rom.* vol. 10 p. 379 nur in C. 7, 64, 10 pr., wo es auch nicht absolut steht, sondern in der Wendung „sumptuum perceptione“ mehr dem ursprünglichen Sinne von „percipere“ = „ergreifen, erlangen“ entspricht.

frei zu sein. Nach dem Berliner Digesten-Index ¹⁾ kommt das Wort überhaupt nur 12 mal in den Digesten ²⁾ vor, wovon 4 mal in Verbindung mit „fructus“ ³⁾ und 2 mal mit „usus fructus“ ⁴⁾, was als klassisch anzuerkennen ist. Hingegen steht es wie hier an Stelle von „solutio“ außer in diesem Fragment nur noch 5 mal, und zwar in Tryph. D. 2, 14, 46, Ulp. D. 15, 1, 32 pr., Ulp. D. 27, 6, 7, 4, Ulp. D. 43, 24, 15, 2 und Paul. D. 9, 3, 4 ⁵⁾. Von diesen sind die drei letzten Stellen, wie bereits vielfach angenommen wird ⁶⁾, sicher interpoliert, aber auch in D. 2, 14, 46 sieht der letzte Satz recht verdächtig aus ⁷⁾, und so bleibt allein D. 15, 1, 32 pr. übrig, wo das „intentio“ freilich für die Klassizität des „ut“-Satzes streitet, das „perceptio“ aber wohl an die Stelle eines anderen Wortes gerückt sein mag, da es immerhin eine schiefe Ausdrucksweise ist, daß die Befreiung als Folge nicht

1) Vgl. oben S. 8 Anm. 2.

2) Außerdem kennt es der Cod. Theodos. an zwei Stellen, in C. Th. 7, 4, 17 (= C. Just. 12, 37, 6) und C. Th. 14, 4, 10, 5, beide Male jedoch in angemessenen Bedeutungen wie „Empfangnahme“, „Einnahme“.

3) Paul. ad Lab. D. 6, 1, 78, Jul. D. 22, 1, 25, 2, Pomp. D. 23, 3, 66 i. f., Pomp. D. 39, 5, 9, 1.

4) Ulp. D. 7, 6, 1, 3, Ulp. D. 48, 5, 28, 11.

5) Wörterbücher wie Freund und Georges kennen das Wort in dieser Bedeutung überhaupt nicht.

6) Bezüglich D. 27, 6, 7, 4 hat es Eisele, Arch. f. d. z. Pr. Bd. 77 S. 454f. nachgewiesen; ebenso Binder a. a. O. S. 371; über D. 9, 3, 4 vgl. Eisele a. a. O. S. 435 Anm. 53, Binder a. a. O. S. 371f.; in D. 43, 24, 15, 2 hat Pernice, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 33 S. 439 Anm. 1 den hier in Betracht kommenden Passus für interpoliert erklärt, während Lenel, Pal. II S. 840 Anm. 2 eine Glosse vermutet (a. M. hier Eisele a. a. O. S. 427 ff., Binder a. a. O. S. 356 ff.): sachlich befriedigt uns übrigens, wie zu bemerken gestattet sei, keine der hier gegebenen Erläuterungen dieser Stellen, wovon aber erst an anderem Orte gehandelt werden kann.

7) Entweder gehört das „per pactionem“ zu „remissa heredi satisfactio“: dann ist der Schlusssatz höchst überflüssig, weil selbstverständlich; oder aber es gehört, wie es der Satzbau eigentlich fordert, zu „revocari debet“: dann ist der Schlusssatz einfach falsch: warum sollte sich ein solcher Vertrag nicht durch einen entgegengesetzten Vertrag wieder aufheben lassen? In welchem Rufe zudem das Reurecht überhaupt steht, bedarf keiner Erwähnung.

des Zahlens des Schuldners, sondern des „Ansichnehmens“ des Gläubigers dargestellt wird ¹⁾. Somit scheint uns die Anzweiflung der Echtheit in unserer Stelle nicht ohne Grund. Außerdem ist der ganze Zusatz zu dem einem Klassiker hinreichend verständlichen „cum suum perceperit“ einfach überflüssig: er sagt nichts, was sich nicht schon implicite aus dem Vorhergehenden ergäbe; andererseits aber merkt man die Absicht der Kompilatoren, welche in diesen Worten einmal wieder ihrem Lieblingsgedanken der Konsumtion durch Solution Ausdruck zu verleihen gedachten ohne Rücksicht darauf, ob es der zur Diskussion stehenden Frage wesentlich war oder nicht.

Nun wird mit dem sehr dürftigen „sed non ita est“ die Ansicht des ersten Satzes und damit die Modestins und des Kaisers verworfen und dieser ablehnende Standpunkt durch eine doppelte Begründung gestützt, deren eine mit der anderen in gar keinem Zusammenhange steht, nichtsdestoweniger aber durch ein sinnloses „et“ mit ihr verbunden ist. Die erste Begründung ruht noch auf paulianischem Gedanken, der aber bereits unverkennbare Zeichen seiner neuen Sanktionierung aufweist. Aus dem „solutum accipere“, wie auch Mommsen verbessert, ist ein „in solutum accipere“ geworden: die Erfüllung durch einen Fidejussor wird also für eine Leistung an Erfüllungsstatt erklärt: ein Unsinn, den Tribonian selbst kaum geglaubt haben mag, den er aber, ohne sich dessen bewußt zu sein, in völligem Mißverständnis bei der flüchtigen Kopierung des Urtextes unbedenklich aufnahm. Dazu kommen, wenn man in „quodammodo“ die Spur

1) Keller, dessen Dissertation die Auslegung dieser Stelle zum Gegenstande hat, nimmt allerdings Litiskontestation S. 430 Anm. 22 an der „perceptio“ keinen Anstoß. Dagegen ist mit dem ganzen letzten Teil der Stelle auch die „perceptio“ neuerdings von Erman, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 20 S. 243 ff. und Ferrini, ebenda Bd. 21 S. 194 f. als interpoliert angesehen worden. Zwar hat diesen Versuchen der nun aufgefundene echte Ulpian-text zum größten Teil den Boden entzogen und Lenel (bei der Herausgabe und Erläuterung des Textes in den Sitzungsber. der Berl. Akademie [1904] S. 1158, 1161 f. [auch Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 25 S. 369]) begründeten Anlaß gegeben, zur Vorsicht bei der Interpolationenjagd zu mahnen, doch bricht der Text leider kurz vor den uns angehenden Worten ab, so daß wir hier auch ferner auf Vermutungen angewiesen sind.

einer echten Argumentation erhalten sehen will¹⁾, die Gegenüberstellung des Präsens „accipit“ und des Perfektes „vendidit“ sowie der Singular „debitoris“, während vorher und nachher von einer Menge von Schuldner und Aktionen die Rede ist.

Rein und unverschleiert leuchtet nun aber der Geist Tribonianus aus der zweiten Begründung, die in ihm ihren Schöpfer verehren darf. Ganz abgesehen von dem doppelten „actiones“ bietet der Satz eine *petitio principii*, wie sie selbst Tribonian nur selten²⁾ zum besten gibt: „der Gläubiger hat die Aktionen

1) S. oben S. 190.

2) Noch an zwei anderen Stellen finden wir ihn auf gleicher Höhe: a. in D. 47, 2, 81 pr. (vgl. auch Brinz a. a. O. II S. 285 Anm. 38) erkennt Papinian dem Eigentümer des verkauften, aber noch nicht übergebenen entwendeten Sklaven die *actio furti* zu, weil er das Eigentümerinteresse noch hat (das „fuit“ scheint bereits tribonianisch zu sein statt des richtigen „est“). Hieran reiht sich nun ganz ungeschickt ein zweiter Grund: „vel quoniam ad praestandas actiones teneor“, der erstens überflüssig ist, da neben dem Eigentümerinteresse ein sonstiges Haftungsinteresse gar nicht mehr in Frage kommt, der ferner eine unklare Fassung hat, da der Plural „actiones“, der wahrscheinlich neben der *actio furti* die *condictio furtiva* und die *rei vindicatio* umfassen soll (vgl. Ulp. D. 47, 2, 14 pr., J. 3, 23, 3a, auch Gai. D. 18, 1, 35, 4), aus der Stelle selbst nicht zu erklären ist, und der schließlich an mangelnder Logik der D. 46, 1, 36 nichts nachgibt. — b. in der von Brinz a. a. O. II S. 285 Anm. 38 und Schloßmann, L. v. d. Stellvertretung S. 286 ff. gänzlich, von Lenel abgesehen von der in Erwägung gezogenen Änderung des „tertio“ in „quarto“ (Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 8 S. 117, Edikt 1. Aufl. S. 235 Anm. 8, 2. Aufl. II p. 5 n. 6, Pal. I S. 356 Anm. 4, II S. 624 Anm. 3) unberührt gelassenen Ulp. D. 17, 1, 14 pr., wo der Schluss „ut praestet actiones suas, idcircoque competere ex empto actionem, quia potest praestare“ zweifellos interpoliert ist. Hier ist allerdings so viel richtig, daß der Erbe des Bürgen gerade deshalb die *actio mandati* hat, weil er ex empto haftet. Denn haftete er nicht, so könnte er auch nicht vom Hauptschuldner Entschädigung verlangen. Davon aber, daß die Haftung sich gerade auf die Abtretung dieser *actio mandati* erstreckt, kann gar nicht die Rede sein, weil der Erbschaftskäufer „aut ex stipulatu aut ex empto“ ja unmittelbar Ersatz zu fordern vermag. Die *actio mandati* erwächst dem Bürgenerben also keineswegs, wie Stampe a. a. O. Bd. 80 S. 411 meint, lediglich oder überhaupt zu dem Zwecke, daß der Erbe sie dem Käufer cedere, sondern vielmehr zur Schadloshaltung des Erben, der durch den Käufer in Anspruch genommen worden ist oder es werden kann. Sehr richtig bescheidet sich denn auch der § 1 der l. 14, der denselben Fall behandelt, mit der allumfassenden Wendung „obligatum habebit cohe-

(auch nach der Zahlung noch), weil er dafür haftet, sie abzutreten“. Mit demselben Rechte hat dann auch der Schuldner, der 100 Mk. schuldet, diese 100 Mk., weil er sie eben zu zahlen hat. Damit ist allerdings dem Ganzen die Krone aufgesetzt, und man wird nicht mehr zögern dürfen, dem Paulus die Verantwortung für solche Entgleisungen abzunehmen, die man ihm bisher unbegreiflicherweise zugemutet hat ¹⁾).

Zum Überflus sei darauf hingewiesen, dafs die D. 46, 1, 36 diese nicht konsumierbaren Aktionen dem leistenden Fidejussor nicht nur gegen die übrigen Bürgen, sondern auch gegenüber dem Hauptschuldner gewährt, was obendrein nur daraus abzuleiten ist, dafs sonst das „reum habens“ schlechthin bedeutungslos und überflüssig wäre. Auch das mufs auffallen und zwar um so mehr, als an keiner einzigen anderen Stelle ein derartiges

redem suum: idcirco is mandati actionem habebit“. Dafs im princ. mit dem „ut praestet actiones suas“ der gleichfalls unerhörte „idcircoque“-Satz von selbst fällt, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung. — Bemerkenswert ist übrigens auch die Übereinstimmung der D. 47, 2, 81 pr. und der D. 17, 1, 14 pr. bezüglich des unklaren Plurals „actiones“.

1) Selbst Binder a. a. O. S. 148 nimmt an der Echtheit der Stelle keinen Anstofs, wenn er auch ihre Beweiskraft niedrig einzuschätzen scheint. Noch zweifelsfreier benutzen sie Girard l. c. p. 760 n. 1, Stampe a. a. O. S. 408 f. (s. oben S. 199 Anm. 1) und (letzterem folgend) Geib a. a. O. S. 75 Anm. 8 sowie Siber, Rechtszwang S. 251, der zudem in die Worte des Schlusssatzes einen mit ihnen nicht zu vereinigenden, aber auch an sich unmöglichen Sinn hineinlegt. Hartmann a. a. O. S. 51 f. und Sokolowski, Mandatsbürgschaft S. 90 bewundern gar den „tiefen“ Gedanken und die „scharfsinnige Fiktion“, welche die Cession ermöglicht; zustimmend Keil, Z. L. v. d. beneficium cedend. action. Hall. Diss. 1880 S. 13 f. und Oertmann, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 82 S. 380 Anm. 19. Auf die Kritiken von Pernice, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 21 S. 323 f. und von Scheurl, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 18 S. 504 f., welche die Zwecktheorie Hartmanns ebenso wie Mitteis, Individualisierung S. 10 ff. und Siber a. a. O. S. 250 f. mit Recht verwerfen, ist Hartmann wenigstens von der Lobpreisung dieses „Paulus“ etwas zurückgekommen: Jherings Jahrb. Bd. 17 S. 107 Anm. 3. — Hingegen findet Kritz a. a. O. I S. 178 die Schlussworte bereits „nicht recht stringent. Sie drehen sich im Zirkel“, und Brinz a. a. O. II S. 285 spricht, ohne freilich der Stelle zu gedenken, in entsprechendem Sinne von einem „circulus inextricabilis, die Klage der Zwischenperson aus ihrer Cessionsverbindlichkeit und letztere aus jener begründend“.

beneficium cedendarum actionum unmittelbar erwähnt wird und das Quellenmaterial, wo es von der Abtretung der dem Gläubiger bestellten pignora an den Bürgen redet, mindestens sehr erhebliche Zweifel an der Existenz eines solchen Beneficiums zuläßt¹⁾. Dafs Gaius wenigstens noch nicht ent-

1) Dennoch erkennt es die ganze Pandektenwissenschaft an: z. B. Dernburg a. a. O. II S. 219, Windscheid-Kipp a. a. O. II S. 1105, Brinz a. a. O. II S. 192 f., Arndts a. a. O. S. 690, 693, Kritz a. a. O. I S. 173, 176, Girtanner a. a. O. S. 468 ff., 533 ff., Hasenbalg a. a. O. S. 21 f., 401 ff., Goldschmidt a. a. O. Bd. 26 S. 363 Anm. 31 a. E., Keil a. a. O. S. 13 ff., aber auch Geib a. a. O. S. 157 f. unter Berufung auf Pandektisten; in etwas undurchsichtiger Darstellung Sokolowski a. a. O. S. 118 ff., dem sich H. Krüger, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 34 S. 539 anschliesst, endlich Girard l. c. p. 759 suiv., der zuerst treffend die gegen die Existenz des beneficium sprechenden inneren Gründe beleuchtet, um dann trotzdem zum Nachweise eines solchen gar auf die von dem Hauptschuldner gar nicht handelnde Jul. D. 46, 1, 17 zurückzugreifen, und Cuq l. c. II p. 549 suiv., der seine Bedenken durch dazu ganz ungeeignete Stellen wie Papin. D. 21, 2, 65 und Ulp. D. 10, 2, 18, 5 zerstreut. Hier kann nur kurz darauf hingedeutet werden, dafs von den allein als beweiskräftig in Betracht kommenden, von Sokolowski a. a. O. (vgl. auch Dernburg, Pfandrecht II S. 166 ff.) zitierten Paul. D. 17, 1, 59, 1 (deren Echtheit übrigens Pernice, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 9 S. 217 Anm. 2 mit Recht anzweifelt), Marcian. D. 20, 5, 5, 1, C. 2, 20, 1, Papin. D. 20, 5, 2, C. 8, 40, 2 (C. 8, 40, 21 ist für klassisches Recht kaum verwertbar) die drei zuerst erwähnten von einem privaten, aussergerichtlichen Verträge auf Pfandabtretung verstanden werden müssen, also gar nichts beweisen. Die von Eisele, Beitr. z. röm. Rechtsg. S. 34 wegen des „dependit“ wohl mit Unrecht (vgl. oben S. 75 Anm. 10) auf die Sponsio bezogene Papin. D. 20, 5, 2 redet zwar von einem „conventus officio iudicis adsecutus est“, scheint aber gerade in dieser Beziehung besonders verdächtig. Denn wenn man auch wohl nicht das beanstanden darf, dafs im iudicium das Pfandrecht mit der konsumierten Forderung selbst erloschen sei und daher nicht mehr übertragen werden könne, weil es ja für die verbleibende Naturalobligation (Paul. D. 12, 6, 28, Paul. D. eod. 60 pr.) fortbesteht (Marcian. D. 20, 1, 5 pr., Ulp. D. eod. 14, 1, Marcell. D. eod. 27; vgl. Savigny, System d. heut. röm. R. V S. 387 ff.), so ist doch ein officium iudicis im strikten iudicium gegen den Fidejussor unmöglich von Papinian. Auch ist das „adsequi“ mit folgendem „ut“ gemäß Vocab. iurispr. Rom. I S. 264 in den Digesten ein ἀπαξ εἰρημένον. Nichtsdestoweniger mögen an dieser Stelle, die im übrigen sehr gut läuft, die Kompilatoren nur insofern beteiligt sein, als sie den „proconsul“ (wie etwa in Gai. D. 12, 2, 1: Lenel, Pal. I S. 199 Anm. 3) oder einen anderen ihnen nicht

fernt an ein derartiges Auskunftsmittel gedacht hat, wird man strikt behaupten dürfen: in III 127 betont er ausdrücklich, daß alle drei Arten von Bürgen ein gemeinsames Regressrecht gegen den Hauptschuldner in der für diesen Zweck übrigens wahrscheinlich besonders formulierten ¹⁾ *actio mandati* haben, an deren Stelle unter Umständen die *actio negotiorum gestorum* treten könnte ²⁾. Darauf folgt sofort die Hervorhebung der *lex Publilia*, durch welche den Sponsoren allein seit alters noch ein ihnen eigentümlicher Rechtsbehelf verliehen sei. Von den Fidejussoren aber verlautet nichts.

Allerdings muß es nun mangels aller näheren Anhaltspunkte dahingestellt bleiben, ob die so verkürzte Stelle mit dem ur-

mehr passenden Magistrat (vgl. die Aufstellung bei Heumann-Seckel a. a. O. S. 298 Sp. 1) mit dem „*iudex*“ vertauscht haben. Dann bliebe außer diesem Fragment nur noch C. 8, 40, 2 übrig. — Indessen müssen vor der Verwertung dieser Stellen immer noch zwei Fragen beantwortet werden: a. Ist in ihnen überall von der Übertragung des Pfandrechtes oder nur des Pfandbesitzes die Rede? Im letzteren Sinne scheint sich z. B. Sokolowski a. a. O. S. 119f. schlüssig zu machen; und daß die Römer in derlei Fällen scharf unterschieden, erhellt aus Ulp. D. 13, 7, 11, 6. — b. Ist aus der Übertragung des Pfandrechtes auf die Übertragung der Forderung zu schließen, wie das umgekehrt der Fall (Scaev. D. 20, 5, 11, Scaev. D. eod. 14, Paul. D. 18, 4, 6, Hermog. D. eod. 23 pr., C. 4, 10, 6, C. eod. 7), oder ist jene Übertragung ohne diese denkbar?: eine Fehde zwischen ebenbürtigen Gegnern (vgl. Dernburg, Pfandrecht I S. 562 Anm. 6), in welcher C. 8, 40, 14, 1 wohl allerdings den Ausschlag gibt. — Jedenfalls stellen sich der Anerkennung dieses *beneficium cedendarum actionum* noch Schwierigkeiten in den Weg, die keineswegs einfach übergangen werden dürfen. — Die von Sokolowski weiter angeführten Papin. D. 50, 15, 5 pr. und die oben S. 196f. besprochene C. 8, 40, 11, 1 berühren gar nicht das zur Erörterung stehende Thema.

1) Lenel, Edikt 1. Aufl. S. 236, 2. Aufl. II p. 11, Pernice, *Labeo* II 2, S. 223 Anm. 6, Sokolowski a. a. O. S. 93f., *Cuq l. c.* I¹ p. 651 n. 5, II p. 549 n. 2, der aber in offenem Widerspruch mit Gai. III 127 diese Mandatsklage nur den Fidepromissoren und Fidejussoren, nicht aber den Sponsoren zuerkennen will. Sie wirkte wohl übrigens nicht infamierend, da der letzte Satz von Ulp. D. 8, 2, 6, 5 interpoliert zu sein scheint: so Eisele, *Zeitschr. d. Sav.-St.* Bd. 11 S. 14f., H. Krüger, *Krit. Viertelj. Bd.* 84 S. 540f., Pernice a. a. O.; anders Sokolowski a. a. O. S. 94, Geib a. a. O. S. 107, anscheinend jetzt auch Lenel, Edikt 2. Aufl. II p. 11.

2) Vgl. auch noch präziser Ulp. D. 17, 1, 6, 2, Paul. D. eod. 20, 1.

sprünglichen Texte identisch ist, insbesondere ob Paulus jegliche Wirkung der Cession so unbedingt verneint oder ob er sich nicht wenigstens der in D. 46, 3, 76 vorgetragenen Meinung Modestins genähert hat. Allein es ist auch das negative Ergebnis von Wichtigkeit, daß die Kompilatoren jedenfalls die Paulinische Ansicht in ihr Gegenteil verkehrt haben und zwar darum, weil sie — unbekümmert um die rechtliche Konstruktion — ein *beneficium cedendarum actionum* als ein wirkliches Recht des Bürgen zur Anerkennung bringen wollten.

Endlich sei hier noch die D. 46, 1, 59 des Paulus angeschlossen, weniger weil auch sie unserer Anschauung entgegengehalten worden wäre, als weil sie als letzte der S. 163 angeführten Stellen die „*confideiussores*“ aufweist. Indessen erlaubt die kurze, aus dem Zusammenhange gerissene Stelle keine nähere Auslegung: nach dem einhelligen Ergebnis der übrigen *Confidejussoren*fragmente mag es genügen, daß immerhin auch hier nichts gegen unsere technische Bedeutung spricht. Es wird hier vielmehr ein Fall ganz wie der der behandelten C. 8, 40, 11, 1 vorauszusetzen sein, in welchem statuiert wurde, daß ein wirklicher *Confidejussor* durch privaten Vertrag *Cessionar* der Forderungen und der Pfandrechte gegen die übrigen *Confidejussoren* ¹⁾ werden könne. Unsere Sätze über die gerichtlich zu erzwingende Klagencession werden daher hierdurch nicht im mindesten berührt.

Damit ist die Reihe der zu diesem Thema gewöhnlich zur Diskussion gestellten Fragmente erschöpft. Dennoch scheint uns noch eine Stelle nicht übergangen werden zu dürfen, die freilich bisher mit seltener Einmütigkeit vernachlässigt worden ist ²⁾

1) Diese haben natürlich auch das Recht, die Pfänder auszulösen und nicht der Hauptschuldner, wie Dernburg, *Pfandrecht* II S. 169 offenbar versehentlich meint.

2) Selbst Binder erwähnt sie nicht. Von den Pandektisten erörtert sie, soweit wir sehen, nur Kritz a. a. O. I S. 177 und dieser auch in unzulänglicher Weise. Wenger, *Die actio judicati* S. 172 Anm. 22 führt sie kurz an. Eisele, *Abhandlungen zum römischen Zivilprozeß* erläutert sie S. 139 nur wegen des „*conveniri*“. Sokolowski a. a. O. nennt sie zweimal (S. 75 und 112 Anm. 2), beide Male aber an unrechter Stelle: s. u. S. 212 Anm. 1, S. 219 Anm. 1. Geib a. a. O. S. 156 Anm. 2 zitiert sie

und auch nicht unmittelbar die Fidejussoren betrifft, trotzdem aber geeignet ist, auf unsere Lehre ein helles Licht zu werfen. Es ist das *Responsum Modestini*, das in D. 46, 1, 41, 1 überliefert ist:

„Idem respondit, si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum iudicati conveniri coeperit, posse eum desiderare, ut adversus eos, qui idem mandaverunt, actiones sibi mandentur“.

Wir glauben nämlich mit Bestimmtheit behaupten zu müssen, daß das Verhältnis der Mandatoren zu einander mit einer einzigen im Wesen der Sache liegenden, unten zu betrachtenden Ausnahme durchaus dem Verhältnis zwischen den mehreren Fidejussoren nachgebildet war. Zunächst duldet es nach den bereits besprochenen *Papin. D. 27, 7, 7* und *C. 4, 18, 3* keinen Zweifel, daß durch die *epistula Hadriani* den Mandatoren das *beneficium divisionis* in gleicher Weise zuerkannt wurde wie den Fidejussoren ¹⁾. Sodann aber ist sicherlich an sich die Annahme gestattet, daß das *beneficium* in nicht größerem und nicht geringerem Umfange, also unter gleichen Voraussetzungen den Mandatoren zugestanden haben mag wie den Fidejussoren, da nicht ersichtlich und jedenfalls von seiten der Gegner zu beweisen wäre, daß die hier maßgebliche *Ratio* dort an Gewicht verloren hätte ²⁾. Dies aber vorausgesetzt, möchte man auch die Frage bereits für beantwortet halten, wie weit den Mandatoren ein auf irgend welche Weise erzwingbares *Cessionsrecht* zukam. Indessen macht die *D. 46, 1, 41, 1* gar nicht den Eindruck, als wollte sie mit unseren obigen Ergebnissen in dieser Beziehung zusammenstimmen: sie scheint vielmehr geradezu ein Recht auf prätorische *Cessionserzwingung* — oben-

zwar richtig für die *Cession* der Klagen gegen die „übrigen Mandatoren“, erklärt dieses Recht auf *Cession* aber als „aus den allgemeinen gewöhnlichen Mandatsgrundsätzen abgeleitet“: damit wird er der Sache schwerlich gerecht: wie vereinigt sich damit etwa die Pflicht des Mandatars, die Klagen noch vor der eigenen Befriedigung abzutreten?

1) S. oben S. 153.

2) Bezüglich des Erfordernisses der *unitas actus* spricht *C. 4, 18, 3* deutlich genug.

drein ohne jede Einschränkung — zu statuieren und ferner durch Verlegung der Funktion des Prätors in das Verfahren in iure der actio iudicati auch gegen die Forderung zu verstossen, daß die Cession vor der ersten litis contestatio, also hier in iure der actio mandati zu erfolgen habe. — Zudem sei vorweg bemerkt, daß man, wenn wir die Echtheit dieser stilistisch vortrefflichen ¹⁾ und juristisch klaren Stelle in Zweifel zu ziehen versuchten, uns mit Recht einer gewissen Interpolationengier zeihen dürfte.

Trotzdem erachten wir eine mit unseren Anschauungen völlig vereinbare Erklärung des Fragmentes nicht nur für denkbar, sondern geradezu für notwendig, soll nicht zum mindesten die Frage ungeklärt bleiben, warum denn gerade in iure des Judikatsprozesses die Cession vor sich geht. — Der belangte Mandator ist in solidum kondemniert worden: daraus glauben wir schliessen zu müssen, daß ihm im vorliegenden Falle ein beneficium divisionis nicht gegeben war. Denn wie kann sich ein Mandator, dem dieses beneficium zusteht, in solidum kondemnieren lassen? Es lassen sich dafür nur zwei Möglichkeiten überhaupt vorstellen. Entweder er verzichtet absichtlich auf das beneficium: dann kommt es in der Regel gar nicht zum Prozeß, sondern die Sache wird nebst der dafür etwa vom Gläubiger geleisteten Cession entweder, wie in den eben behandelten Stellen gezeigt, aufsergerichtlich erledigt oder sie wird, wie in D. 46, 6, 12 und in D. 46, 1, 17, in iure beigelegt und gedeiht nicht erst bis zu einer litis contestatio, viel weniger noch zu einer Kondemnation. Oder aber der Mandator vergift, sein Teilhaftungsrecht in iure geltend zu machen: dann kommt es allerdings zur Verhandlung in iudicio: einmal jedoch ist ein solches Vergessen überhaupt unwahrscheinlich, da der Prätor sich durch die epistula divi Hadriani veranlaßt sehen wird, den Mandator auf seine Befugnis hinzuweisen; ausserdem aber befinden wir uns im bonae fidei iudicium mandati, so daß auch der von der Einfügung der exceptio hier sicherlich nicht ab-

1) Sehr deutlich heben sich die im Indikativ stehenden Sätze des Tatbestandes, wie er dem Respondenten vorlag, von dem in indirekter Rede wiedergegebenen Responsum selbst ab.

hängige ¹⁾ Judex noch Gelegenheit hatte, auf das Recht des Mandators einzugehen. Und nach der Art, wie Gai. III 121 von der epistula Hadriani berichtet („compellitur creditor“), lag es gewiss im officium iudicis, darauf Rücksicht zu nehmen.

Demnach versagen beide Möglichkeiten, und die condemnatio in solidum läßt nur den Schluß offen, daß in unserem Falle ein beneficium divisionis nicht zuständig war: womit der Widerspruch, der sich gegen unseren Grundsatz von der Unvereinbarkeit der beiden Beneficien richtet, beseitigt scheint. — Nun erfolgt die Cession aber erst in iure des Judikatsprozesses: eine Tatsache, die mit dem Konsumtionsrecht der Mandatoren, wie es Justinian überliefert, ebenso wenig in Einklang zu setzen ist wie mit dem reinen klassischen Recht. Denn selbst wenn wirklich, wie das Papin. D. 46, 1, 52, 3 und C. 8, 40, 23 Diokletians zunächst glaubhaft machen, erst die Solution des einen Mandators die anderen befreite, so wäre es doch eigentümlich, daß die Cession bereits in iure des Judikatsprozesses und ganz ohne Rücksicht auf die Befriedigung stattfand, und so mag gerade auch diese Cession erneut darauf hindeuten, daß jene Stellen im Sinne der C. 8, 40, 28 oder der daselbst im princip. erwähnten Konstitution ²⁾ interpoliert sind. Ist das aber richtig, was u. E., insbesondere auch nach der in der Hauptsache durchaus zutreffenden Untersuchung Binders ³⁾, nicht wohl bezweifelt werden kann, und wirkt demnach bereits die litis con-

1) Über die Ausnahmefälle solcher Abhängigkeit vgl. Heumann-Seckel, Handlexikon * S. 182 Sp. 2.

2) auf welche das „statutum“, wenn es technisch gebraucht ist, verweist. Das Alter der Konstitution ist uns jedenfalls nicht bekannt. Binder a. a. O. S. 354 möchte sie der objektiven Ausdrucksweise halber nicht Justinian selbst zuschreiben, und Eisele, Arch. f. d. zivil. Pr. Bd. 77 S. 460 f. hält sie nur für jünger als Paulus. Doch kann man mit Rücksicht auf C. 8, 40, 28 die feste Grenze nicht nur hinter Diokletian ziehen, sondern man wird die Konstitution mindestens nicht lange vor Justinian ansetzen können, da schwerlich viel Zeit verstrichen ist, ehe die gleiche (justiniani-sche) Reform auf dem Gebiete der Fidejussio folgte.

3) A. a. O. S. 352 ff. (hinzugefügt sei, daß auch „quoque“ in der in D. 46, 1, 52, 8 geforderten Bedeutung von „etiam“ — „sogar“ recht verdächtig ist); Girard l. c. p. 755 n. 1 hält die l. 52 § 8 noch für echt. †

testatio des einen Mandators für die anderen befreiend ¹⁾, so sind die gegen sie gerichteten Klagen in iure der actio iudicati ja längst konsumiert, und es ergibt sich ein klaffender Zwiespalt zwischen unserem zweifellos klassischen Fragmente und der ebenso zweifellos klassischen Konsumtionskonkurrenz der mehreren Mandatoren.

Nur einen Weg sähen wir, auf dem sich diese Kluft überbrücken ließe: die l. 41 § 1 muß von getrennt verpflichteten Mandatoren gesprochen haben. Freilich scheint Binder ²⁾ die Möglichkeit eines getrennten Mandates in diesem Sinne von vornherein zu bestreiten; er fragt: „wie soll denn die Identität entstehen“, wie soll also die Frage, ob Korrealität, ob Konsumierung durch litis contestatio eintritt, überhaupt auftauchen, „außer durch Gemeinsamkeit des Auftrages“? Entweder gäben C und D dem B den Auftrag, dieselben 100 Mk. dem E zu leihen wie A: dann sei der Auftrag eben gemeinschaftlich; oder es handle sich um 100 Mk. schlechthin d. h. um andere 100 Mk.: dann sei der Auftrag ein ganz anderer, und es könne irgend welche Gemeinschaft der Aufträge dabei gar nicht in Frage kommen. Die letzte Alternative ist zweifellos unbestreitbar: um so weniger die erste. Im klassischen Rechte ist nun einmal das A und O der Voraussetzungen für die Korrealität die unitas actus. Wenn daher C und D nachträglich denselben Auftrag geben wie A, so ist das für unsere Frage ganz so zu beurteilen, als wollten sie als correi ³⁾ bei-

1) Das Gegenteil aus Paul. sent. 2, 17, 16 zu folgern (so anscheinend Glück a. a. O. Bd. 32 S. 385 Anm. 34), ist ganz unzulässig, da sich die Stelle offensichtlich auf das Verhältnis zwischen Mandator und Hauptschuldner, nicht auf das zwischen mehreren Mandatoren bezieht. Aber diese beiden Verhältnisse werden in der Literatur überhaupt bedauerlicherweise häufig verwechselt. So führt umgekehrt Sokolowski a. a. O. S. 75 Stellen wie D. 46, 1, 41, 1, D. eod. 52, 3, C. 8, 40, 23 für das Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Mandator an. S. ferner u. S. 218 Anm. 2, S. 219 Anm. 1.

2) A. a. O. S. 353 f.

3) Nicht etwa als Fidejussoren. Denn hier wird die Sachlage durch das Dazwischentreten der zwischen den Klagen gegen Hauptschuldner und Fidejussor herrschenden Konsumtionskonkurrenz verschoben: s. u. S. 215 f.

treten. In diesem Falle wird es sich nun, wie nicht zu leugnen, um ganz dieselbe Summe handeln können, andererseits aber wird eine Korrealität mit A nicht hergestellt ¹⁾. Die Identität des Gegenstandes wird dem Creditor bzw. dem Mandatar gegenüber dadurch vermittelt, daß auf den früheren Promittierungs- bzw. Mandierungsakt in irgend welcher Weise Bezug genommen wird, bei der Mandierung unter Umständen ausdrücklich, weil hier eine Novation nicht zu befürchten steht. Diese lediglich eine Verständigung bezweckende Bezugnahme kann aber nicht entfernt die gemeinsame Verpflichtung ersetzen, zumal sie des notwendigen Momentes der Absicht gemeinsamer Haftung schon um deswillen entbehrt, weil der früher verpflichtete Mandator nicht die geringste Kenntnis davon zu haben, viel weniger also gar damit einverstanden zu sein braucht: und auf solcher Grundlage die engste Gemeinschaft mehrerer Personen, die Korrealität aufzubauen, das entspräche doch wirklich nicht römischem Geiste.

Was bedarf es aber allgemeiner Erwägungen, wenn wir unmittelbar aus klassischem Munde dasselbe hören? Solange sich unsere l. 41 § 1 nun einmal nicht von dem Binderschen Standpunkte aus erklären läßt, müssen wir sie als eine positive Stütze unserer Ansicht in Anspruch nehmen. Denn ein getrenntes Mandat im Sinne Binders als gegeben zu erachten, verbietet sich durch die Existenz der Erörterung überhaupt und besonders auch durch das ausdrückliche „idem“ ²⁾: daß aber ein gemeinsames Mandat vorliegt, wird Binder selbst nicht behaupten wollen, da bereits die erste gerade von ihm betonte Konsequenz, die Konsumtionskonkurrenz, dem Gedanken- gange der Stelle widerstreitet. Und so will es uns denn scheinen, als hätte Binder dem getrennten Kreditmandat in Bezug auf denselben Gegenstand niemals seine eigene Daseinsberechtigung abgesprochen, wenn er auf die l. 41 § 1 auf-

1) S. oben S. 110 f.

2) welches mit dem „eandem pecuniam“ der D. 46, 1, 43 auf derselben Stufe steht: s. oben S. 161 f. Die in einigen Nuancen hier nötig gewordene Abweichung der Darstellung erklärt sich aus dem Vorliegen dort eines Verbal-, hier eines Konsensualvertrages.

merksam geworden wäre: wie er sich ja seinerseits auch tatsächlich auf das vermeintliche Schweigen der Quellen beruft.

Mufs sonach u. E. die konsumierende Wirkung der *litis contestatio* dem gemeinsamen Kreditmandat vorbehalten bleiben, so bestärkt uns darin die erwähnte C. 8, 40, 23, indem sie bei der Besprechung der Konsumtion die Mandatoren mit den *rei principales*, welche sich unbestrittenermaßen gleichzeitig verpflichten müssen, völlig auf eine Linie stellt ¹⁾. Aber auch das andere in Betracht kommende Fragment, die D. 46, 1, 52, 3 mufs mit Binder ²⁾ gegen Eisele ³⁾ vom gemeinsamen Mandat verstanden werden. Denn wenn man sich selbst nach dem Gesagten nicht mit Binder zum Beweise dafür auf die Worte „*eiusdem pecuniae mandatores*“ beziehen darf, da sie auch von nachträglichen auf das erste Mandat Bezug nehmenden Mandatoren gebraucht werden können, so ist doch so viel gewifs, dafs die Beweislast derjenige zu tragen hat, der die getrennte Mandierung behaupten will: ein Umstand, der auch Eisele bei seinen Darlegungen geleitet zu haben scheint ⁴⁾. Denn das Natürlichere und insbesondere das von der Urform der *rei promittendi* her Gewohnte ist und war, sich unter „*plures eiusdem rei mandatores*“ ebenso wirkliche *Correi* vorzustellen, wie wenn es „*plures eiusdem rei sponsores*“ hiefse: auch schon deswegen, weil man bei ungleichzeitiger Verpflichtung erst durch (ausdrückliche) Bezugnahme ersetzen mufs, was sich *uno actu* ganz von selbst begreift. Zudem wird die gemeinsame Mandierung auch in *praxi* die Regel gewesen sein. Denn es ist Binder ⁵⁾ sicherlich zuzustimmen, wenn er meint, dafs die *unitas actus* beim Mandat als einem *bonae-fidei*-Kontrakt nicht so strikt zu interpretieren sei wie bei der *Stipu-*

1) Freilich heifst es „*reos principales vel mandatores simpliciter acceptos*“, doch will das „*simpliciter*“ offenbar nur die Mandatoren herausheben, welche sich lediglich *consensu*, nicht auch noch *verbis* verpflichtet haben: vgl. z. B. C. 5, 12, 6.

2) A. a. O. S. 352 f.

3) A. a. O. Bd. 77 S. 461.

4) A. a. O. z. B. S. 454, 460, 468.

5) A. a. O. S. 354.

lation. Das ist schon deshalb nicht möglich, weil es bei einem solchen formlosen Konsensualvertrage einen Akt in diesem Sinne überhaupt nicht gibt. Indessen wird man keineswegs wie Binder von der Einheit der Handlung ganz absehen dürfen: es wird vielmehr das ideelle Substrat derselben als Minimum zu erfordern sein, insofern jeder Mandator die Gemeinsamkeit kennen und wollen muß bzw. der frühere und der nachträgliche Mandator sich — natürlich gleichfalls formlos — ins Einvernehmen mit einander setzen müssen. Hingegen würde nach wie vor die einseitige Bezugnahme des später den Auftrag Erteilenden auf das frühere Mandat, um die Identität klar zu stellen, den Gegensatz zur gemeinsamen Mandierung bilden und keinerlei Korrealitätsfolgen nach sich ziehen.

Somit träfe uns hinsichtlich des getrennten Mandates der l. 41 § 1 die Beweislast dafür, daß das „idem“ lediglich zur Bezeichnung der Identität des Gegenstandes diene und nicht von gemeinsamer Mandierung zu verstehen sei. Dieser Nachweis ¹⁾ scheint uns oben erbracht zu sein. Denn erst jetzt, da mit der unitas actus auch die Korrealität und mit ihr deren Folge, die konsumierende Funktion der *litis contestatio* wegfällt, tritt die Cession in iure des Judikatsprozesses überhaupt in den Bereich des Möglichen. Damit sind wir zu dem Punkte gelangt, an dem allein sich die Mandatoren in ihrem Verhältnis zu einander von den Fidejussoren scharf unterscheiden. Denn während die Fidejussoren, selbst wenn sie sich getrennt verpflichten, durch die *litis contestatio* eines von ihnen doch befreit werden, ist die *litis contestatio* im gleichen Falle bei den Mandatoren ohne Wirkung. Der Grund dafür liegt darin, daß die Fidejussoren, wie gezeigt ²⁾, mit der Person, um die sie sich gruppieren, mit dem Hauptschuldner bezüglich der gegen sie gerichteten Klagen

1) Auf ihn gestützt, dürfte man vielleicht auch die Vermutung wagen, daß Modestin den Tatbestand mit Worten wie „*qui idem non una mandaverunt*“ außer Zweifel gestellt hätte. Den für das *beneficium cedendarum actionum* und im allgemeinen gegen das Erfordernis der unitas actus eingenommenen Kompilatoren wäre die Streichung von „*non una*“ schon zuzutrauen.

2) S. 110 f., 156.

notwendigerweise in Konsumtionskonkurrenz stehen, die Mandatoren dagegen ihrem Wesen nach mit dem Schuldner durch keinerlei Rechtsverhältnis verbunden sind. Da also eine in ihrer Person eintretende Tatsache die Rechtslage des Schuldners eo ipso gar nicht berührt ¹⁾, so kann sie auch nicht auf einen anderen Mandator weiter wirken: die zwischen den Fidejussoren unter allen Umständen auf dem Umwege über den Hauptschuldner funktionierende gegenseitige Beeinflussung versagt hier vollständig, und nur die direkte Verbindung zwischen den Mandatoren kann zu einer Konsumtionskonkurrenz führen: eine solche Verbindung ist aber lediglich die Korrealität, und somit ist auch die Konsumtionskonkurrenz ein Privileg der korrealen, also gemeinschaftlichen Mandatoren.

Leiten wir jetzt also aus der in iure des Judikatsprozesses erfolgten Cession die getrennte Mandierung als der l. 41 § 1 zu Grunde liegend ab, so trifft mit diesem Ergebnis eine andere Tatsache in einer allen Zweifel beseitigenden Weise zusammen. Wir haben bereits oben festgestellt, daß das beneficium divisionis aus irgend einem Grunde in unserer lex zum Fortfall kommt. Dieser Grund hat sich nun im Laufe der Betrachtung geradezu von selbst eingestellt: es ist ganz derselbe, der die Cession in iure der actio iudicati ermöglicht: die getrennte Mandierung. Zwar darf man das hier mangels einer ausdrücklichen Erklärung nicht als absolut sicher behaupten. Aber es gewinnt jedenfalls eine an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeit, wenn man bedenkt, wie die Frage im Fidejussorenrechte ihre Lösung gefunden hat und wie dieses auch sonst das Vorbild des Mandatorenrechtes gewesen ist. Außerdem scheint auch das Fehlen einer besonderen Erläuterung darauf hinzuweisen, daß der Mangel des beneficium divisionis auf einem allgemeinen und keinem singulären Grunde beruht. — Jedenfalls wird das Plausible dieses Ergebnisses dazu beitragen, unsere für das beneficium divisionis der Fidejussoren verfochtene Ansicht zu unterstützen.

1) Auch die Leistung seitens eines Mandators befreit den Schuldner nicht. Ebenso wenig wird durch exceptio doli nachgeholfen: vgl. u. S. 217.

Verstehen wir nun nach alledem die l. 41 § 1 von getrennten Mandaten, so zeigt sie positiv, wie nicht einmal in diesem Falle davon die Rede sein kann, daß die Befriedigung des Mandatars die übrigen Mandatoren ipso iure befreit. Denn würde sie diese Folge haben, so wäre doch eine Klagencession, wie sie in unserer Stelle eingeführt wird, ein Unding, da die demnächst erfolgende Leistung des kondemnierten Mandators die sämtlichen abgetretenen Klagen dann zunichte machen würde ¹⁾). So muß denn der, soweit wir sehen, unbestrittene Satz ²⁾) von der Ipsojurebefreiung der Mandatoren durch Leistung eines von ihnen abgelehnt werden. Gänzlich unhaltbar ist er, insofern er darauf gegründet wird, daß die Schuld, deren Eingehung die Mandatoren auf ihr Risiko hin empfohlen haben, durch Zahlung des einen Mandators untergegangen und das Mandat daher ebenso beendet sei, wie wenn der Hauptschuldner selbst erfüllt hätte ³⁾). Denn die Überlieferung geht offen von dem konsequenten Standpunkt aus, daß der Schuldner durch Leistung des Mandators nicht, auch nicht ope exceptionis befreit wird, da der leistende Mandator keineswegs jenes Schuld tilgt, sondern lediglich „propter“ (das von dieser gänzlich unabhängige) „mandatum suum solvit et suo nomine“ ⁴⁾): weshalb allein denn

1) Weil ja hier die etwaige Befreiung sich nur aus dem materiellen Mandatsrecht ableiten könnte, eine solche Befreiung aber (anders als die auf prozessualen Konsumtionssätzen beruhende) durch Cession nicht abgewendet oder umgangen werden kann.

2) In der Regel wird er zwar nicht ausdrücklich erwähnt; positiv spricht ihn Keller, Litiskontestation S. 454 Anm. 5 aus.

3) Daß nämlich in diesem Falle die Mandatoren tatsächlich frei werden, ergibt sich aus Jul. D. 46, 1, 13 i. f. = Gai. D. 17, 1, 27, 5 i. f., wo wie die ganze Stelle so auch das „dumtaxat“ von Julian stammt (s. u. S. 219 Anm. 1), nicht aber von Justinian (gegen diese Meinung Grupes, Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. 17 S. 319 mit Recht Kalb, Jagd nach Interpolationen S. 27), und ausdrücklich aus Paul. D. 46, 1, 71 pr., vgl. auch C. 8, 40, 4: eine Erscheinung, welche Binder a. a. O. S. 162 f. vortrefflich begründet; vgl. ferner Brinz a. a. O. II S. 196.

4) So Ulp. D. 17, 1, 28; vgl. weiter Papin. D. 46, 3, 95, 10 und die übrigen u. S. 219 Anm. 1 zitierten Stellen sowie Binders scharfsinnige Ausführungen S. 163 f. gegen die von der herrschenden Meinung, insbesondere von Brinz a. a. O. II S. 195 f. dem Schuldner gewährte exceptio doli.

auch in solchem Falle die immer wieder betonte Cession der Klage gegen den Schuldner möglich wird.

Besteht aber die Schuld des reus, wie sie die Formel der *actio mandati* erwähnt, auch nach der Leistung des Mandators, so kann diese die Klagen gegen die übrigen Mandatoren, welche ja mit dem zahlenden Mandator durch keine Korrealität verknüpft werden, jedenfalls nicht unmittelbar zum Erlöschen bringen. Nur insofern ist die geleistete Zahlung allerdings von Einfluß, als der *iudex* im *mandati iudicium*, wenn der Creditor nunmehr auch gegen die übrigen Mandatoren vorging, die Frage nach dem „*dare facere praestare oportet ex fide bona*“¹⁾ ohne weiteres verneinen mußte, da das Risiko des Gläubigers behoben, die eingeklagten Mandate also inhaltlos geworden waren. War sonach in diesem Falle die Absolution der Mandatoren kraft der *bona fides* der Formel, also kraft Zivilrechts allerdings eine Notwendigkeit, so verhielt es sich ganz anders, wenn nun nicht der Gläubiger, sondern der gezahlt habende Mandator als Cessionar die übrigen Mandatoren belangte: hier forderte die *bona fides*, daß alle Mandatoren den Schaden in gleichem Maße trügen, und so führte sie hier umgekehrt zu einer wenn auch nur verhältnismäßigen Kondemnation. Irgend welche Klagenkumulierung war also trotz Fortbestehens der Aktionen nicht zu besorgen, und wenn daher auch das Cessionsrecht des leistenden Mandators dem Creditor die Möglichkeit nochmals zu klagen vollends nahm, so kann doch diese private Funktion des Cessionsrechtes niemals seine Einführung veranlaßt haben. Statuierte die Rechtswissenschaft trotzdem, wie sich aus dem „*posse eum desiderare*“ ergibt, ein solches Cessionsrecht²⁾, so wollte sie damit bewußt für die getrennt verpflichteten Mandatoren ein *beneficium cedendarum actionum*

1) Vgl. Lenel, Edikt 1. Aufl. S. 235f., 2. Aufl. II p. 10.

2) Zum Nachweise dieses Rechtes führt Goldschmidt a. a. O. Bd. 26 S. 363 Anm. 31 außerdem noch Gai. D. 17, 1, 27, 5, Ulp. D. eod. 28, Brinz a. a. O. II S. 87 Anm. 23, S. 196, 195 Anm. 9 und 9a nur diese beiden Stellen sowie Jul. D. 46, 1, 13 und Papin. D. 46, 3, 95, 11 an: ohne zu bedenken, daß in all diesen Fragmenten auch nicht mit einem Worte von mehreren Mandatoren die Rede ist: vgl. oben S. 212 Anm. 1.

als festes subjektives Privatrecht begründen, wie sie es freilich den Fidejussoren im gleichen Falle versagte. Diese Abweichung muß zwar wundernehmen, mag aber ihre innere Rechtfertigung im Rechte des Kreditmandates finden. Nicht nur daß es sich hier anders als bei den Fidejussoren nun einmal um einen *bonae-fidei*-Kontrakt handelte, der mit der Klagenabtretung zugleich eine in den verschiedenen *mandati iudicia* vorzunehmende angemessene Regressverteilung möglich machte: das *beneficium cedendarum actionum* gegen die übrigen Mandatoren bot hier ein naheliegendes Gegenstück zu dem mindestens seit Julian bereits ganz allgemein gewährten *beneficium cedendarum actionum* gegen den Hauptschuldner ¹⁾, während ein solches im Fidejussorenrechte, wenn überhaupt, dann erst spät und zunächst wahrscheinlich auch nur für versicherte Forderungen in Gebrauch gekommen zu sein scheint ²⁾.

Einer Erklärung bedarf schließlich noch die Frage, warum Modestin dieses *Beneficium* erst in *iure* des Judikatsprozesses zuläßt. Daß es in *iure* des Mandatsprozesses noch nicht geltend gemacht werden kann, braucht zwar nach den bisherigen Ausführungen kaum begründet zu werden: die Härte gegen den Mandatar, die darin lag, ihn zu einer Zeit zur Abtretung zu zwingen, zu der noch nicht im mindesten der Erfolg seiner Klage feststand, war nur dort gerechtfertigt, wo dieser frühe Zeitpunkt infolge der konsumierenden Kraft der *litis contestatio*

1) Diese Cession hatte der *iudex* im *mandati iudicium* zu erzwingen: so *Jul. D.* 46, 1, 13, *Gai. D.* 17, 1, 27, 5, der Julian offenbar abgeschrieben hat (*Lenel, Pal. I* S. 214, 356 f. bemerkt zwar nichts darüber, wohl aber *Sokolowski a. a. O.* S. 88 Anm. 3, *Pernice, Labeo II* : S. 288 Anm. 1, *Geib a. a. O.* S. 154 Anm. 1); *Papin. D.* 46, 3, 95, 10 und 11, *Papin.-Ulp. D.* 17, 1, 28. — Wenn freilich *Sokolowski a. a. O.* S. 112 Anm. 2 auch unsere *D.* 46, 1, 41, 1 für diese Cession in Anspruch nimmt, so beruht das auf der oben S. 212 Anm. 1 bezeichneten Verwechslung; S. 88 f. läßt er dieses Fragment richtig weg.

2) bei denen begreiflicherweise der Vorzug der alten *actio* des Creditors gegenüber der *actio mandati* des Fidejussors am hellsten ins Licht trat. So ist es denn vielleicht kein Zufall, daß die oben S. 206 Anm. 1 aufgeführten Stellen sämtlich dem Gläubiger bestellte *pignora* zum Gegenstande haben.

zugleich der späteste war, zu dem eine Cession überhaupt wirksam erfolgen konnte: also nur bei gemeinsamen Mandaten. Hingegen fragt es sich, warum die Cession der Klagen gegen die getrennt verpflichteten Mandatoren nicht ebenso gut schon im *mandati iudicium* erzwungen werden konnte wie die Cession der Klagen gegen den Schuldner ¹⁾, da doch der *iudex* nur dann auf eine Cession dringen durfte, wenn eine Kondemnation sicher zu erwarten war, und diese hier nach der Darstellungsweise der Quellen Zug um Zug gegen die Cession vor sich ging ²⁾. Allein ein solcher Unterschied besteht auch gar nicht und ergibt sich jedenfalls nicht aus unserer Stelle, wenn man nur darauf achtet, daß sie ein *Responsum* ist. Nur das erweist sie — und darauf erteilt der Respondent anscheinend auch allein seine Antwort —, daß der Mandator, der die Geltendmachung seines Cessionsrechtes in *iudicio mandati* verabsäumt hat, dazu noch in *iure* der *actio iudicati* Gelegenheit findet, also mit seinem Rechte keineswegs ausgeschlossen ist. Daß aber Modestin gerade auf das „*conveniri coeperit*“ Gewicht legt, begreift sich daraus, daß ein *iudicium iudicati* meistens ja gar nicht stattfand und daher das Verfahren vor dem Prätor in der Regel der letzte Augenblick war, wie das Eisele ³⁾ und Wenger ⁴⁾ überzeugend dargetan haben.

1) Über diese s. oben S. 219 Anm. 1.

2) Vgl. die oben S. 219 Anm. 1 zitierten Stellen; s. auch v. Tuhr, die *actio de in rem verso* S. 74.

3) Abhandlungen z. röm. Zivilprozefs S. 141.

4) *Actio iudicati* S. 11 ff.

Nachträge.

Zu S. 83 Z. 2 v. ob.: Ulp. D. 14, 3, 18, 1, wozu vgl. Binder a. a. O. S. 215.

„ „ 44 Anm. 1: So wahrscheinlich auch noch das *Edictum perpetuum*: Lenel, 1. Aufl. S. 63, 2. Aufl. I p. 89.

„ „ 56 Anm. 1: Ulp. D. 14, 4, 7, 5, Ulp. D. 16, 3, 7, 1.

„ „ 65 Anm. 8: Statt „41, 1, 3. 5; 41, 7, 1 ff.“ lies: „41, 28, 5; 42, 1, 5“.

„ „ 92 (D. 42, 6, 1, 11): Die „*idonei fideiussores*“ sind an sich nicht zu beanstanden, scheinen aber bei Justinian zu einem stereotypen Begriff geworden zu sein, wie die Interpolationen gegenüber dem C. Theod. in C. Just. 1, 19, 4 und 7, 62, 12 zeigen: vgl. dazu Marchi, *Bullett. dell' Ist. d. dir. Rom.* vol. 18 p. 44.

Quellenregister.

(Die großen Ziffern bezeichnen die Seiten, die kleinen die Anmerkungen. Die fett gedruckten Ziffern deuten darauf hin, daß die Stelle ex professo oder exegetisch behandelt ist. Die den Digestenfragmenten in Klammern beigefügten Juristen-
namen und Ziffern ergeben ihren Platz in Leneis Palingenesie.)

A. Aufserjustinianische Quellen.

	Seite u. Anm.		Seite u. Anm.
Agrimens. 116	6 ¹	Gai. Inst. II 151 ^a	166 ^s
Basil. 26, 1, 98	115 ²	195	166 ^s
B.G.B. § 774 Abs. 2	164	225	71 ¹
Cic. ad Att. 12, 17	62. 78 ^s . 105 ¹ . 121 ^s	253	166 ¹ . 177 ¹
ad Att. 16, 15, 2	41 ⁴	280	192 ²
ad famil. 6, 18, 3	105 ¹	III 92	10 ¹ . 11 ¹ . 24. 26
p. Flacco 20, 46	121 ^s	93	9
p. Muren. 34, 71	138 ^s	110	16
p. Rose. Amer. 9, 26	13 ^s	112	5 ¹ . 19. 24. 25. 26
Cod. Theod. 3, 15, 1	114	115	16
7, 4, 17	202 ²	115 sqq.	1 ² . 12 ¹
7, 7, 2	130 ²	116	11 ¹ . 19. 19 ² . 25 ¹ . 25 ²
8, 18, 1, 3	114	117	16
14, 4, 10, 5	202 ²	118	11 ^s
Corp. inscr. lat. IX n. 136	6 ¹	118—123	67 ² . 119
XII n. 1244	123 ^s	119	79 ^s . 125
Cyprian. op. III 178, 21	130 ²	119 ^a	79 ^s . 132
190, 2	130 ²	120	4 ^s . 45 ² . 52 ^s . 53. 54 ²
191, 19	130 ²	121	4 ^s . 11 ¹ . 71 ¹ . 72 ¹ . 79 ^s . 187 ¹ . 141.
196, 18	130 ²		190 ¹ . 195 ¹ . 211
Fest. s. v. adpromissor	14	121 ^a	11 ¹ . 68 ^s . 96 ^s . 169 ¹
consponsor	105 ²	122	11 ¹ . 58. 59. 68 ^s . 68. 93 ¹ . 96 ^s . 109 ¹ . 168. 184. 189. 193.
manceps	6 ¹	123	66 ¹ . 78. 118
praes	6 ¹	124	16. 118
reus	15	125	118 ²
spondere	40 ¹	126	16. 22 ¹ . 47 ^s . 113 ¹ 143 ^s
Formula Baetica	19 ² . 43 ¹	127	11 ¹ . 16. 75 ¹ . 75 ¹⁰ . 119. 207
Fragm. Araus. (Hermes Bd. 41 S. 1 ff.)	6 ¹ . 123 ^s	167 ^a	129 ^s
Gai. Inst. II 38	36 ²		
39	165 ¹ . 166. 192		
65	67 ²		
120	166 ^s		
126	166 ^s		

	Seite u. Anm.		Seite u. Anm.
Gai. Inst. III 176	31. 34. 36. 36 ²	Liv. 42, 7, 1	65 ²
177	34. 37. 38 ² . 85	21, 7	65 ²
178	37. 85. 88	Nep. Alc. 8, 2	121 ¹
179	7 ¹	Att. 9, 4	121 ¹
215	75 ²	9, 5	119 ²
216	75 ²	Österr. B.G.B. § 1367	53 ¹
IV 11	76 ¹	Paul. sent. 1, 9, 5	5 ²
16	81 ¹	1, 9, 6	107 ¹
22	7 ¹ . 11 ¹ . 61 ² . 67 ² .	1, 14, 1 ²	100 ¹
	71 ¹ . 75 ¹ . 115 ²	1, 20	114 ² . 171
24	96 ¹	2, 3	24
25	59. 61. 75 ¹	2, 17, 16	212 ¹
38	184 ²	Plant. Men. 5, 4, 6	9 ²
86	185 ¹	Mostall. 3, 1, 102 sqq.	117
102	75 ¹	Plin. ep. 1, 14, 10	9 ²
108	69 ¹ . 72 ¹	Polyb. hist. 31, 26, 9	138 ¹
109	71 ¹	Porphyr. ad Hor. 1, 1, 11	27
112	58 ² . 177 ¹	Ps.-Quinct. Decl. 278	42 ¹
113	45 ² . 54 ¹ . 54 ²	Quinct. inst. orat. 4, 2, 6	119 ²
116 ²	84 ²	Sall. Jug. 79, 4	121 ¹
136	11 ¹	SC. de Bacch.	105 ²
137	1 ² . 11 ¹ . 125 ²	Septuag. <i>Itap.</i> 6, 1	115 ¹
171	75 ¹	17, 18	115 ¹
185	27 ²	<i>Scip.</i> 29, 15	115 ²
Hor. satir. 2, 6, 23 sq.	188 ²	Siebenbürg. Wachstaf. 9. 10 ² . 19.	19 ² . 24
Lex Jul. munic.	44 ¹ . 44 ²	Ulp. Disp. fragm. Ia (1903)	92 ²
Lex Malacit. c. 68	123 ²	Ia (1904)	203 ¹
Lex pariet. fac. Puteolana	40 ²	IIa (1904)	7 ¹ . 58 ¹
Lex Rom. Burg. 14, 7	114	68 ² . 71 ¹ . 95. 109 ² . 115 ²	
Lex Rom. Wisig. 1, 20	114 ²	Varro de l. l. 6, 69	2 ²
	3, 15, 1	Vulgat. Eccles. 29, 20	115
	8, 9, 1, 3	Proverb. 6, 1	115
Lex Urson. c. 93	123 ²	17, 18	115
Liv. 9, 5 sqq.	121 ²	20, 16	115
41, 28, 5	65 ²	27, 18	115
42, 1, 5	65 ²		

B. Justinianische Quellen.

	1. Codex.		
1, 17, 2, 18	188	6, 50, 16	130 ²
1, 19, 4	220	6, 60, 1, 2	114 ²
2, 20, 1	206 ¹	7, 62, 12	220
3, 42, 5	200 ¹	7, 64, 10 pr.	201 ²
4, 10, 1	167 ²	8, 16, 4	167
2	166 ² . 167	8, 29, 4	100 ¹
6	167. 206 ¹	8, 40, 2	206 ¹
7	206 ¹	3, 1	141
4, 18, 3	146. 153. 154. 155. 157.	3, 2	141
	169 ¹ . 209. 209 ²	4	217 ²
4, 39, 8	167 ²	10, 1	145. 171. 172 ¹
5, 12, 6	214 ¹	11 pr.	145. 178 ¹ . 175.
5, 57, 2, 2	28 ¹ . 147 ² . 148 ¹ . 149 ²		180. 196
6, 35, 11, 2	100 ¹	11, 1	196. 206 ¹ . 208
		14, 1	197. 206 ¹

	Seite u. Anm.		Seite u. Anm.
8, 40, 16	98 ⁴	11, 5, 3 (Marcian. 275)	7 ¹
21	206 ¹	11, 7, 8 pr. (Ulp. 781)	130 ²
23	211. 212 ¹ . 214	12, 1, 2, 5 (Paul. 430)	119 ²
27, 1	115 ²	30 (Paul. 1110)	84 ²
28	185. 211	42 pr. (Cels. 48)	8 ¹ . 149 ²
28, 1	149 ²	12, 2, 1 (Gai. 126)	206 ¹
29	115 ²	12, 6, 28 (Paul. 490)	206 ¹
8, 41, 8 pr.	167	42 (Ulp. 1480)	75 ¹⁰
8 pr.	8 ² . 82	59 (Papin. 48)	72 ¹
8, 1	8 ² . 82	60 pr. (Paul. 1301)	206 ¹
11, 61, 1, 1	190 ²	60, 1 (Paul. 1301)	84
12, 37, 6	202 ²	18, 5, 16 pr. (Ulp. 791)	126 ²
		17 (Paul. 441)	185 ²
2. Digesta.		18, 7, 11, 6 (Ulp. 809)	206 ¹
1, 2, 2, 47 (Pomp. 178)	123 ²	18 pr. (Paul. 449)	167. 167 ²
1, 3, 1 (Papin. 29)	7 ¹	14, 1, 1, 9 (Ulp. 816)	98 ¹
11 (Jul. 842)	188	14, 3, 13, 1 (Ulp. 831)	220
1, 5, 17 (Ulp. 657)	115 ²	14, 4, 7, 5 (Ulp. 847)	220
2, 8, 5 pr. (Gai. 65)	6 ¹	14, 4, 9, 2 (Ulp. 847)	56 ¹
8, 1 (Paul. 259)	5	14, 6, 6 (Scaev. 141)	84 ²
8, 2 (Paul. 259)	5	13 (Gai. 227)	84
8, 3 (Paul. 259)	5 ²	15, 1, 1, 2 (Ulp. 849)	55 ²
2, 11, 7 (Paul. 779)	5	3, 12 (Ulp. 851)	55. 55 ²
2, 14, 7, 6 (Ulp. 242)	153 ⁴	5, 4 (Ulp. 852)	131 ¹
16 pr. (Ulp. 251)	166 ² . 167 ²	6 (Cels. 62)	131 ¹
21, 5 (Paul. 127)	178	9, 8 (Ulp. 852)	131 ¹
23 (Paul. 127)	163. 178	30, 7 (Ulp. 862)	56 ¹
24 (Paul. 1091)	8 ²	32 pr. (Ulp. 47)	202 ²
26 (Ulp. 251)	163. 179	50 pr. (Papin. 158)	49
27, 2 (Paul. 128)	33	15, 3, 16 (Alfen. 11)	131 ¹
32 (Paul. 1091)	178 ¹	15, 4, 1, 5 (Ulp. 864)	131 ²
46 (Tryph. 5)	202	1, 6 (Ulp. 864)	49
3, 2, 6, 5 (Ulp. 233)	207 ¹	1, 9 (Ulp. 865)	131 ¹
3, 3, 55 (Ulp. 1446)	167	16, 1, 8, 1 (Ulp. 881)	149 ¹
4, 2, 14, 6 (Ulp. 377)	123	19, 2 (Afric. 24)	149 ²
14, 8 (Ulp. 377)	94	19, 4 (Afric. 24)	149 ²
18 (Jul. 769)	192 ¹	25 pr. (Modest. 71)	130 ²
23, 3 (Ulp. 2333)	190 ²	25, 1 (Modest. 71)	130 ²
4, 3, 13, 1 (Ulp. 390)	55 ²	16, 2, 2 (Jul. 840)	188
19 (Papin. 380)	44 ⁴	16, 3, 1, 14 (Ulp. 890)	123
29 (Paul. 213)	55 ⁴	7, 1 (Ulp. 899)	220
4, 4, 48 pr. (Paul. 1927)	5 ²	17, 1, 2, 1-3 (Gai. 503)	5
4, 5, 2 pr. (Ulp. 413)	134 ²	6, 2 (Ulp. 907)	207 ²
2, 1 (Ulp. 413)	134 ²	6, 7 (Ulp. 907)	3. 4
4, 6, 28, 1 (Ulp. 440)	26. 26 ²	14 pr. (Ulp. 913)	204 ²
4, 8, 25, 2 (Ulp. 462)	123	14, 1 (Ulp. 913)	204 ²
5, 1, 2, 2 (Ulp. 212)	130 ²	20, 1 (Paul. 1836)	207 ²
35 (Javol. 118)	49	21 (Ulp. 2947)	5 ¹ . 12 ¹
6, 1, 78 (Lab. 211)	202 ²	22, 2 (Paul. 487)	138 ⁴
7, 6, 1, 3 (Ulp. 2594)	202 ⁴	27, 5 (Gai. 232)	217 ² . 218 ²
9, 2, 23, 8 (Ulp. 617)	56 ¹		219 ¹
9, 3, 4 (Paul. 299)	202	23 (Ulp. 473)	217 ⁴ . 218 ² . 219 ¹
10, 2, 13, 5 (Ulp. 633)	206 ¹	29, 6 (Ulp. 130)	4 ² . 72 ¹
10, 4, 12, 6 (Paul. 415)	56 ¹	48 pr. (Cels. 68)	4. 122

	Seite u. Ann.		Seite u. Ann.
17, 1, 52 (Javol. 71)	8	34, 3, 3, 3 (Ulp. 2654)	69 ²
59, 1 (Paul. 1480)	206 ¹	35, 1, 33, 4 (Marcian. 112)	79 ²
59, 3 (Paul. 1480)	153 ¹	37, 14, 17 (Ulp. 2023)	192 ²
60, 1 (Scaev. 234)	19 ²	38, 4, 1, 1 (Ulp. 2526)	79 ²
17, 2, 41 (Ulp. 646)	69 ²	39, 1, 1, 10 (Ulp. 1261)	129 ²
42 (Ulp. 2920)	93 ¹	39, 4, 4 pr. (Paul. 651)	55. 55 ²
71 pr. (Alfen. 51)	11 ¹ . 38	39, 5, 9, 1 (Pomp. 774)	202 ²
18, 1, 35, 4 (Gai. 238)	204 ²	40, 4, 9, 1 (Ulp. 2664)	100 ¹
72 pr. (Papin. 173)	153 ⁴	44 (Mod. 324)	130 ²
18, 4, 2, 16 (Ulp. 2966)	75 ¹⁰	42, 5, 3 (Gai. 347)	95 ²
6 (Paul. 1323)	206 ¹	42, 6, 1, 5 (Ulp. 1444)	93 ¹
23 pr. (Hermog. 40)	206 ¹	1, 10 (Ulp. 1444)	34. 91
19, 1, 11, 16 (Ulp. 931)	199 ¹	1, 11 (Ulp. 1444)	91. 92
11, 18 (Ulp. 931)	7 ²	1, 17 (Ulp. 1444)	93 ¹
19, 2, 13, 9 (Ulp. 948)	126 ²	42, 8, 10, 24 (Ulp. 1648)	55 ²
47 (Marcell. 73)	126 ²	11 (Venul. 29)	55 ²
54 pr. (Paul. 1485)	19 ² . 29.	43, 4, 1, 8 (Ulp. 1418)	56 ¹
	149 ²	43, 6, 2 (Hermog. 89)	100 ¹
19, 5, 17, 5 (Ulp. 806)	7 ¹	43, 11, 3 pr. (Paul. 1937)	100 ¹
20, 1, 5 pr. (Marcian. 18)	206 ¹	43, 24, 15, 2 (Ulp. 1598)	202
11, 2 (Marcian. 21)	153 ⁴	15, 8 (Ulp. 1599)	56 ¹
14, 1 (Ulp. 1630)	206 ¹	44, 3, 4 (Javol. 107)	72 ¹
20 (Ulp. 1435)	167	44, 7, 21 (Jul. 862)	95 ²
27 (Marcell. 47)	206 ¹	44 pr. (Paul. 805)	37 ²
20, 3, 4 (Paul. 1432)	84 ²	52 pr. (Mod. 192)	119 ²
20, 5, 2 (Papin. 432)	206 ¹	52, 3 (Mod. 192)	119 ²
5, 1 (Marcian. 37)	206 ¹	45, 1, 1 pr. (Ulp. 2949)	113 ²
11 (Scaev. 228)	206 ¹	5, 2 (Pomp. 722)	18. 20 ²
14 (Scaev. 23)	206 ¹	18 (Pomp. 566)	37 ²
20, 6, 14 (Javol. 213)	123	25 (Pomp. 678)	37 ²
21, 1, 19, 2 (Ulp. 1764)	7 ¹	29 pr. (Ulp. 2927)	88 ²
21, 2, 38 (Ulp. 45)	199 ¹	49, 1 (Paul. 548)	22
65 (Papin. 155)	206 ¹	53 (Jul. 715)	33
22, 1, 4 pr. (Papin. 333)	32 ² . 33	59 (Jul. 838)	186
25, 2 (Jul. 92)	202 ²	75, 6 (Ulp. 675)	19 ² . 36 ²
23, 2, 60, 1 (Paul. 1067)	5 ¹ . 147 ²	81 pr. (Ulp. 1696)	27 ²
23, 3, 35 (Ulp. 2935)	34. 34 ¹⁰	91, 4 (Paul. 1239)	3 ¹¹ . 17 ⁶
66 (Pomp. 254)	202 ²	91, 6 (Paul. 1239)	33
24, 3, 64, 4 (Ulp. 2009)	18	116 (Papin. 108)	8 ² . 149 ²
66, 2 (Javol. 227)	34	122, 1 (Scaev. 121)	10. 11 ¹
26, 7, 7, 7 (Ulp. 1003)	100 ¹	132, 1 (Paul. 1395)	19 ² . 29 ¹
7, 10 (Ulp. 1003)	100 ¹	45, 2, 3 pr. (Ulp. 2935)	32 ² . 33.
38 pr. (Papin. 204)	175 ¹		34 ¹⁰ . 39 ²
27, 3, 1, 11 (Ulp. 1029)	175	3, 1 (Ulp. 2946)	184 ²
1, 13 (Ulp. 1029)	166 ¹ . 198 ²	4 (Pomp. 714)	39 ²
7, 1 (Ulp. 1013)	3	6, 3 (Jul. 700)	89
21 (Papin. 39)	190 ⁴	9 pr. (Papin. 335)	126 ²
27, 6, 1, 4 (Ulp. 421)	79 ²	9, 1 (Papin. 335)	69 ²
7, 4 (Ulp. 423)	202	11, 1 (Papin. 665)	20 ⁴
27, 7, 7 (Papin. 440)	5 ¹ . 146. 149 ² .	11, 2 (Papin. 665)	20 ⁴
	169 ¹ . 209	12 pr. (Venul. 57)	35 ²
27, 8, 1 pr. (Ulp. 1038)	5 ¹	13 (Venul. 58)	134 ¹
28, 4, 3 (Marcell. 263)	166 ²	14 (Paul. 1014)	126 ¹
28, 6, 24 (Ulp. 89)	92 ²	45, 3, 25 (Venul. 69)	4 ² . 72 ¹

	Seite u. Anm.
46, 1, 1 (Ulp. 2858)	47
4, 1 (Ulp. 2919)	48. 186 ^a
5 (Ulp. 2932)	184 ¹
6 pr. (Ulp. 2935)	48. 188
6, 2 (Ulp. 2937)	47. 94 ^a . 183
7 (Jul. 711)	187
8, 3 (Ulp. 2939)	188 ¹
8, 5 (Ulp. 2939)	182 ^a
8, 7 (Ulp. 2940)	17
8, 8 (Ulp. 2941)	188
8, 9 (Ulp. 2941)	188
10 pr. (Ulp. 181)	189 ¹ . 157 ^a . 168. 171. 172 ^a . 190 ^a
10, 2 (Ulp. 181)	182 ^a
13 (Jul. 282)	217 ^a . 218 ^a . 219 ¹
15, 1 (Jul. 693)	140
16 (Jul. 709—712)	187. 188
16 pr. (Jul. 709)	3. 20. 187
16, 1 (Jul. 710)	187
16, 2 (Jul. 710)	187
16, 3 (Jul. 711)	187
16, 4 (Jul. 711)	187
16, 5 (Jul. 712)	187
16, 6 (Jul. 712)	19 ^a . 29 ^a . 149 ^a . 187
17 (Jul. 839)	185. 195. 206 ¹ . 210
18 (Jul. 841)	188
21, 1 (Afric. 82)	160
26 (Gai. 199)	140. 169 ^a . 190 ¹
27 (Ulp. 656)	140
27, 1 (Ulp. 656)	144. 145
27, 2 (Ulp. 656)	144
27, 3 (Ulp. 656)	144. 145
27, 4 (Ulp. 656)	142. 163
28 (Paul. 409)	172
34 (Jul. 710)	188
36 (Paul. 1204)	190. 199
39 (Mod. 194)	163. 173 ¹ . 179
41 pr. (Mod. 837)	147 ^a . 147 ^a . 149 ^a
41, 1 (Mod. 337)	161 ^a . 209
42 (Javol. 120)	19 ^a . 29 ^a
43 (Pomp. 828)	157. 160. 213 ^a
46 (Javol. 234)	123
47 pr. (Papin. 158)	188 ¹
47, 1 (Papin. 158)	19 ^a . 29 ¹
48 pr. (Papin. 185)	4. 98. 112
48, 1 (Papin. 185)	4. 96. 140. 156. 160 ¹
49, 1 (Papin. 336)	169 ^a

	Seite u. Anm.
46, 1, 49, 2 (Papin. 336)	3 ^a
51 pr. (Papin. 441)	19 ^a . 29 ^a . 140
51, 1 (Papin. 441)	98 ^a . 195 ¹
51, 2 (Papin. 441)	141. 156
51, 4 (Papin. 441)	98 ^a
52 pr. (Papin. 668)	149 ^a
52, 1 (Papin. 668)	140
52, 3 (Papin. 668)	211. 212 ¹ . 214
59 (Paul. 1480)	163. 208
63 (Scaev. 313)	149 ^a
68 pr. (Paul. 74)	3
68, 1 (Paul. 74)	6 ¹
69 (Tryph. 32)	4 ^a . 72 ¹
70, 5 (Gai. 510)	182 ^a
71 pr. (Paul. 1317)	217 ^a
73 (Paul. 825)	92 ^a
46, 2, 2 (Ulp. 2956)	84
6 pr. (Ulp. 2926)	7. 23. 26. 32 ^a . 34. 149 ^a
8, 1 (Ulp. 2929)	33
8, 2 (Ulp. 2929)	33. 36 ^a
8, 4 (Ulp. 2929)	36 ^a
8, 5 (Ulp. 2929)	33. 36 ^a
9 pr. (Ulp. 2935)	28 ¹ . 34. 34 ¹⁰ . 148 ¹
14 pr. (Ulp. 133)	34
14, 1 (Ulp. 133)	34
22 (Paul. 1200)	34
24 (Pomp. 348)	34. 36 ^a
26 (Cels. 25)	34. 36 ^a
28 (Papin. 56)	34
29 (Paul. 1420)	34
30 (Paul. 1484)	34
31 pr. (Venul. 59)	34
31, 1 (Venul. 59)	34
32 (Paul. 1029)	34. 36 ^a
34, 2 (Gai. 519)	36 ^a . 37 ^a . 94 ^a
46, 3, 1 (Ulp. 2908)	5 ¹
5, 1 (Ulp. 2908)	195 ¹
21 (Paul. 1824)	8 ^a . 149 ^a
24 (Ulp. 2946)	5 ¹
31 (Ulp. 132)	22
34, 1 (Jul. 717)	2. 3. 23
34, 8 (Jul. 717)	17 ¹
34, 10 (Jul. 717)	2
37 (Jul. 906)	195 ¹
38, 1 (Afric. 79)	185 ^a
43 (Ulp. 2369)	18
71, 1 (Cels. 229)	72 ¹
76 (Mod. 306)	190. 197. 200 ¹ . 205

Seite u. Anm.		Seite u. Anm.	
46, 3, 91 (Lab. 224)	34	48, 5, 28, 11 (Ulp. 1961)	202 ⁴
98, 2 (Scaev. 193)	134 ¹	48, 19, 5 pr. (Ulp. 2189)	100 ¹
95, 10 (Papin. 340)	217 ⁴	20 (Paul. 1246)	54 ³
	219 ¹	48, 21, 3, 7 (Marcian. 16)	26. 26 ⁶
95, 11 (Papin. 340)	218 ³	50, 1, 11, 1 (Papin. 70)	149 ³
	219 ¹	50, 8, 3, 1 (Ulp. 2323)	6 ¹
46, 4, 13, 9 (Ulp. 2982)	19 ² . 29	5. 3 (Papin. 397)	149 ³
13, 10 (Ulp. 2982)	34	50, 15, 5 pr. (Papin. 749)	190 ⁴
21 (Venul. 67)	34		199 ¹ . 206 ¹
46, 5, 1, 4 (Ulp. 1698)	32 ³	50, 16, 7 (Paul. 106)	7 ¹
7 (Ulp. 475)	188 ³	32 (Paul. 403)	69 ³
46, 6, 4, 2 (Ulp. 1733)	28 ¹	33 (Ulp. 647)	78 ¹
4, 8 (Ulp. 1734)	147 ³	150 (Gai. 459)	8 ³
8 (Ulp. 208)	147 ³	178 pr. (Ulp. 2961)	119 ³
12 (Papin. 205)	5 ¹ . 147 ² . 148.	222 (Hermog. 41)	119 ³
	173. 176. 195. 198. 210	50, 17, 38 (Pomp. 742)	56 ¹
46, 7, 5, 4 (Ulp. 1705)	5 ¹	3. Institutionen.	
5, 5 (Ulp. 1705)	5	3, 15, 1	10 ¹ . 11 ¹
14 pr. (Jul. 728)	3	3, 16 pr.	21. 31. 35 ⁴ . 39 ³
46, 8, 17 (Marcell. 235)	197 ¹	3, 20, 4	93 ¹ . 98 ⁴ . 141. 169
47, 2, 14 pr. (Ulp. 2734)	204 ³	3, 23, 3 ²	204 ³
81 pr. (Papin. 210)	204 ³	3, 26, 1. 3. 4	5 ⁵
47, 9, 4, 2 (Paul. 678)	56 ¹	8	5 ⁵
47, 10, 19 (Gai. 339)	42 ³	3, 29, 3 ²	32 ³
48, 3, 1 (Ulp. 2156)	96. 26 ⁵		
3 (Ulp. 2187)	26. 26 ⁵		

Nachbemerkung.

Den nach fast vollendeter Drucklegung erschienenen 27. Band der Zeitschrift der Savigny-Stiftung konnte ich nicht mehr benutzen, was ich insbesondere im Hinblick auf den Aufsatz von Schulz bedaure. Doch sei die Bemerkung gestattet, daß ich meine Ausführungen, soweit sie von Schulz abweichen (vgl. z. B. oben S. 185 ff., 199 ff., bes. S. 199 Anm. 1, S. 204 Anm. 2), in vollem Umfange aufrecht erhalte. — Die neue Lesung und Beleuchtung, die das Ulpianfragment II a (1904) daselbst S. 71 ff. durch Lenel erfahren hat, ermöglicht es, die Auslegung Appletons noch unbedingt zurückzuweisen, als das oben S. 95 Anm. 3 geschehen konnte.



1

U